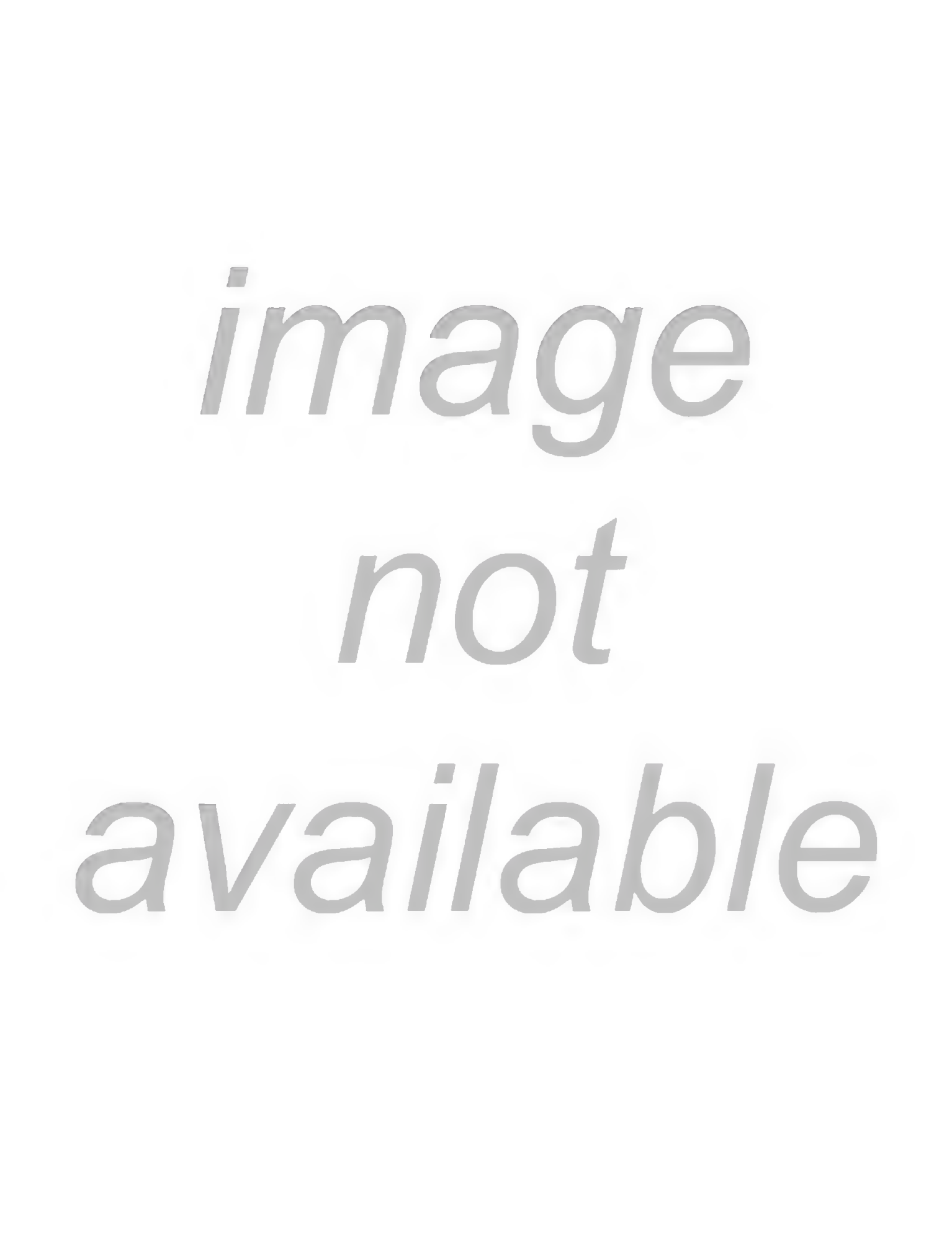
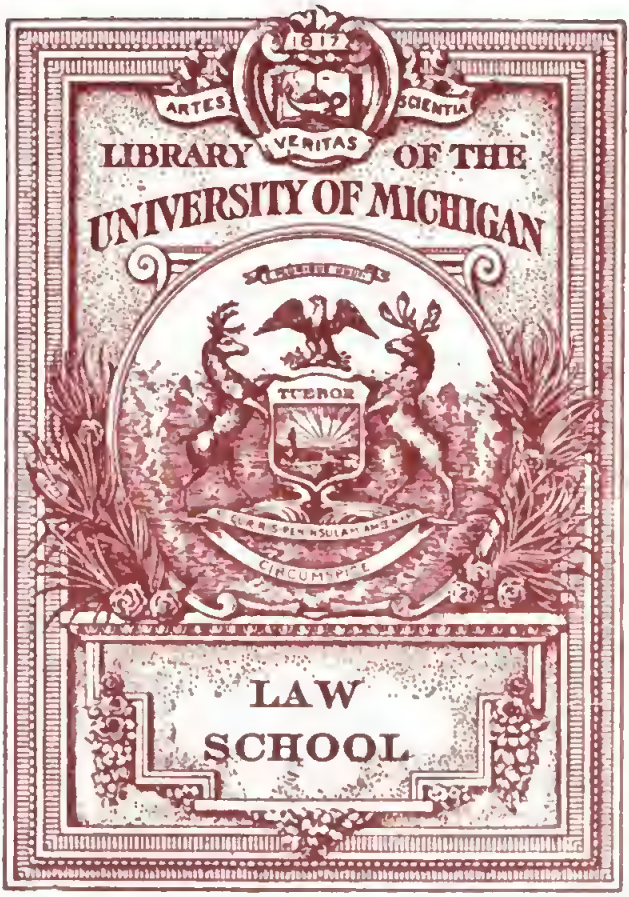


image
not
available

Digitized by Google

KKC3049 .W87x



(FL2
W959
V.17
Star
a3870

Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben

von

Dr. F. Ph. F. v. Kübel

und

Dr. E. O. C. v. Sarwey.

Siebenzehnter Band.

Stuttgart, 1876.

Druck und Verlag der Stuttgarter Buchdruckerei-Gesellschaft.
(Früher Chr. Fr. Cotta's Erben.)

In Kommission bei H. Lindemann.

Inhaltsübersicht.

des siebenzehnten Bandes.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Seite

Ueber Administrativ-Justiz nach württembergischem Rechte. Dritter Beitrag. Verwaltungsjustiz und Verwaltung. (Von Dr. Sarwey.) 1

Rückblick. Abgrenzung der Feststellung der Aufgabe des dritten Betrags. 1

Der Grundsatz. Das Recht im subjektiven Sinne ist Gegenstand der Rechtsprechung der Gerichte des öffentlichen Rechtes, wie der Civilgerichte. 5

Die idealen Interessen 26

Zur Frage von der Giltigkeit der Verträge über die Erbschaft eines lebenden Dritten. (Von Herrn Obertribunalrath Freiherrn v. Holzschuher.) 89

Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung. (Von Dr. Sarwey.) 120

Müssen Sichtwechsel nach der ersten formlosen Präsentation sofort zur Zahlung präsentirt werden? Von Herrn Rechtsanwalt Lebrecht in Ulm 153

Beitrag zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen. (Eingesendet) 160

Mittheilungen aus der Praxis des Obertribunals in Civilsachen. (Von Herrn Obertribunalrath v. Streich.) . . 164

Pferchnutzung als ein auf einem Kommun-Schafwaiderecht ruhendes Privatrecht 164

Kulturbeschränkungen im Sinne des Waideablösungsgesetzes vom 26. März 1873 166

Nachweis der Erfordernisse einer Liegenschaftsveräußerung bei fehlender Vertrags-Urkunde 168

Liegenschaftsgesetz; Einrede des Irrthums gegen den Inhalt der Vertrags-Urkunde 169

Einfluß des Irrthums bei Liegenschafts-Veräußerungen 172

Unterzeichnung einer Liegenschafts-Veräußerungsurkunde durch einen Bevollmächtigten ohne Erwähnung dieser Eigenschaft in der Urkunde selbst 175

Liegenschaftsgesetz; Mäklerlohn bei einem auf dessen Umgehung gerichteten Veräußerungsvertrag 177

Nochmaliger Verkauf derselben Sache 178

242368

Seite

Rechtliche Folge der Erfüllung eines nochmaligen Verkaufs der gleichen Sache 179

Einrede des nicht erfüllten Vertrags bezüglich eines Hausbaus 182

Haftung des Verkäufers für verschwiegene Servitutenrechte 186

Fingirte Cession 188

Haftung mehrerer Bürgen 190

Verbindlichkeit eines Mitbürgen, wenn der Beitritt weiterer Mitbürgen nicht zu erreichen war 191

Acquilische Klage auf Grund mangelhafter Bewachung von Thieren; Ausschluß derselben durch Nachlässigkeit des Beschädigten 195

Regreßpflicht des Vormunds im Falle der Surrogirung einer bestehenden Pfandsicherheit durch eine andere . 198

Haftung eines Pflegers für die von seinem Nachfolger in der Pflegschaft vorgenommenen Handlungen 200

Auflösung der Errungenschafts-Gemeinschaft durch Anrufung der weiblichen Freiheiten im Gante des Ehemanns 201

Kann der Ehemann den Wiedereintritt der Ehefrau in das Güterrechtsverhältniß der Errungenschafts-Gemeinschaft verlangen, wenn letztere durch Anrufung der weiblichen Freiheiten im Gante des Ehemanns aufgelöst worden ist? 203

Fortsetzung der Errungenschafts-Gesellschaft bei faktisch getrennter Ehe 207

Privationsstrafe; dieselbe fällt dem unschuldigen Gatten beim Vorhandensein von Kindern nur zur Nutznießung zu 210

Enterbung wegen Verbalinjurien; Angabe mehrerer Enterbungs-Ursachen 212

Ist der Grund der Enterbung in guter Absicht im Testamente namhaft zu machen? 214

Enterbung in guter Absicht ist in einem Testamente der Eltern zwischen Kindern zulässig 215

Testamentserrichtung nach der sogen. 6. Landrechtsform 216

Vermächtnißvertrag; rechtliche Gültigkeit und thatsächliche Erfordernisse desselben 217

Kann die Ehefrau ohne Einwilligung des Ehemanns auf die weiblichen Freiheiten mit rechtlicher Wirkung verzichten? . 220

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Geheimenraths in Administrativ-Justizsachen. Mit Bemerkungen. (Von Dr. Sarwey) 222

Zuständigkeit des K. Geheimenraths zur materiellen Würdigung einer Beschwerde des einen Bau vorhabenden Eigenthümers gegen einen denselben verhindernden oder beschränkenden Beschluß der Baubehörden aus den polizeilichen Gründen der mangelnden Zugänglichkeit

Seite

für Feuerlösch- und Rettungsanstalten, der Rücksichten der Feuersicherheit und der Salubrität, insbesondere auf Grund des Art. 28 der Bauordnung vom 6. Okt. 1872 222

Ist gegen eine die Bauerlaubniß ertheilende Ministerialverfügung eine Beschwerde an den K. Geheimenrath als oberste Administrativ-Justizbehörde in Verfolgung einer auf polizeiliche, öffentlich-rechtliche Vorschriften der Bauordnung gestützten Einwendung gegen ein Bauvorhaben statthaft? 239

Zulässigkeit einer Beschwerde an den Geheimenrath gegen eine Dispensation von der Vorschrift des Art. 23 der Bauordnung unter Berufung auf Art. 76. Begriff des betheiligten Nachbars im Sinne des Art. 86 der Bauordnung 261

Zur Frage, ob ein Gebäude als Hintergebäude oder als Anbau eines andern Gebäudes zu behandeln ist. Das Verbot des Hervorragens über die Bauflucht der Vorderhäuser (Art. 21 der Bauordnung) bezieht sich auf die Erweiterung dieser, nicht auf Hinterhäuser. Prozessualische Behandlung eines Baugesuchs in der Rekurs-Instanz, wenn der für dessen Abweisung der vorigen Instanz angeführte Grund von der Rekursbehörde nicht gebilligt wird. Unstatthaftigkeit der Auflage der Wahrung bestimmter Interessen durch Eintrag in die öffentlichen Bücher 265

Feststellung der Entfernung neuer Bauten von Eisenbahnlinien durch polizeiliche Verfügung im einzelnen Falle in Ermangelung einer ortsstatutarischen Vorschrift nach Maßgabe des Art. 31 der Bauordnung . . . 268

Feststellung der für Wohngebäude einzuhaltenden Entfernung von Friedhöfen durch das Ermessen der Polizeibehörden. Art. 31 der Bauordnung 269

Beschwerde wegen angeordneter Entfernung einer Dunglege. Art. 33 Abs. 2 der neuen Bauordnung. Unstatthaftigkeit einer Beschwerde wegen Verweigerung der nach Art. 33 Abs. 4 zugelassenen Ausnahme von dem Verbot der Anlegung von Düngerstätten an Straßen und öffentlichen Plätzen 270

Abweisung einer Beschwerde durch Beschluß des Geheimenraths ohne materielle Würdigung der in Anwendung des Art. 32 der Bauordnung erlassenen polizeilichen Vorschriften für einen Bau außerhalb Etters . 271

Zur Zuständigkeit des K. Ministeriums des Innern, eine von den untergeordneten Baubehörden ertheilte Bauerlaubniß aufzuheben. Abweisung einer gegen die Aufhebung der ertheilten Bauerlaubniß gerichteten Beschwerde durch Beschluß des Geheimenraths auf Grund des Art. 28 Abs. 1 der Bauordnung 272

Grenze der Zuständigkeit des K. Ministeriums des Innern

Seite

zur Abänderung einer die Bauerlaubniß innerhalb ihrer Zuständigkeit ertheilenden Verfügung der Gemeindebehörden und Oberämter. Einfluß der Beschwerde des betheiligten Nachbars hierauf. §. 2 Ziff. 1 der K. Verordnung vom 16. Dez. 1872. Verbot des Baues mit Fachwerk gegen die Vorschrift des Art. 37 der Bauordnung 275

Abweisung der Beschwerde gegen eine den Bau eines Hinterhauses auf Grund des Art. 28 der Bauordnung versagende Ministerial-Entscheidung durch einen dieselbe materiell bestätigenden Beschluß des Geheimenraths. Statthaftigkeit der Rekursanmeldung bei dem in erster Instanz entscheidenden Oberamt auch im Falle der Eröffnung der Entscheidung durch die Ortsbehörde. Art. 9 des Gesetzes vom 13 Nov. 1855 279

Der Eigenthümer hat kein Recht auf ausnahmsweise Gestattung der Ueberbauung der ortsüblich oder ortsstatutarisch vorgeschriebenen Abstände. (Art. 28 Abs. 3, Art. 29 und 95 Abs. 2 der Bauordnung.) 282

Abweisung der Beschwerde gegen eine in Anwendung des Art. 32 der Bauordnung ergangene, die Kamineinrichtung betreffende Bauvorschrift des K. Ministeriums des Innern 284

Polizeiliche Auflage zur Entfernung eines Abtritts aus Gründen der Gesundheit und des Anstands. Art. 26, 27 u. 35, Art. 17 der Bauordnung. Abweisung der Beschwerde wegen Versäumung der Rekursausführungsfrist 286

Aufhebung einer die Eintragung polizeilicher Beschränkungen der Grundeigenthümer verfügenden Baupolizeivorschrift 287

Abweisung einer Beschwerde gegen die Auflage der Entfernung von im Widerspruch mit der Vorschrift des §. 39 der Vollziehungsverfügung zu der Bauordnung errichteten Balkonen, vergl. Art. 42 u. 43 der Ziff. 2 der Bauordnung 288

Unzuständigkeit des Geheimenraths zu Ertheilung einer Dispensation von einer von der kompetenten Behörde ertheilten baupolizeilichen Vorschrift. Verlust des Rekursrechtes durch Versäumung der Rekursanmeldungsfrist 290

Abweisung eines Baugesuchs auf Grund eines nicht in Vorschriften der Bauordnung begründeten öffentlichrechtlichen Hinderniſſes 292

Polizeiliches Verbot der Bohrung nach einer Heilquelle zum Schutze einer bestehenden Heilquelle aus Rücksichten des öffentlichen Interesses. Art. 63 und 65 der neuen Bauordnung. Titel von Brunnen, Seite 69 der Bauordnung von 1655. Baupolizeiliche Behandlung der beabsichtigten Bohrung. Art. 16, 78 Ziff. 5, 79 und 81 der neuen Bauordnung 293

Seite

Polizeiliches Verbot des zur Irreleitung geeigneten Gebrauchs des Wortes „Apotheker" auf dem Gewerbeschild eines Fabrikanten chemischer Präparate. Abweisung der hiegegen erhobenen Beschwerde durch Beschluß des K. Geheimenraths vom 12. Juli 1875 . . 297

Ueber auf örtlichem Herkommen beruhende Ueberfahrtsrechte. Sind Streitigkeiten hierüber als Verwaltungsstreitigkeiten nach dem Gesetze vom 13. Nov. 1855 betr. die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen zu verhandeln? Die Bebauung eines Ackers als Hopfenfeld schließt die Ausübung eines herkömmlichen Ueberfahrtsrechts in Zeit und Zelg nicht aus 300

Ueber mißbräuliche Anwendung des Zeugeneids nebst einigen Gesetzgebungswünschen im Anschluß an die Beurtheilung eines Rechtsfalls. (Von Hrn. Dr. G. A. Schlayer.) . . 321

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen. (Von Herrn Obertribunalrath v. Streich.) 329

Rechtliche Wirkung eines nach 1828 abgeschlossenen Vergleichs über Schafwaiderechte 329

Markungs-Zugehörigkeit als Gegenstand civilrichterlicher Kognition 332

Dreißigjährige Verjährung gegenüber von Stadt- und Dorfgemeinden 333

Ein die Errichtung einer Realdienstbarkeit bezweckender Vertrag, welcher der gerichtlichen Bestätigung ermangelt, bildet keinen Putativtitel für die ordentliche Ersitzung 339

Verkauf aus Einer Hand im Sinne des Liegenschaftsgesetzes 340

Liegenschaftsgesetz; Beurtheilung eines in zwei Abschnitte zerfallenden Versteigerungsprotokolls 343

Liegenschaftsgesetz; Gültigkeit des Kaufs trotz fehlerhafter Bezeichnung des Kaufsobjekts 345

Rechtsverhältnisse aus einem Mandat; Klagerechte des Auftraggebers 347

Veräußerung einer Brandentschädigungsforderung ohne gleichzeitige Veräußerung der betreffenden Baustelle . 350

Ist schriftliche Abfassung im Sinne des Liegenschaftsgesetzes für die Verträge über Abtretung von Brandentschädigungen erforderlich? 351

Bedingung der Verträge über Abtretung von Brandentschädigungen 352

Acquilische Klage wegen Körperletzung; Einrede des Einverständnisses Seitens des Beschädigten 352

Klagen über Rückerstattung derjenigen Beträge, welche Expropriirte durch Entscheidung der Verwaltungsbehörden angeblich zu viel erhalten haben; Zuständigkeit der Civilgerichte 354

Cirkulation von verschlossenen Papiergeldcouverten (oder

Seite

Geldrollen); Rechtsfolgen bei uneröffneter Hingabe und Annahme derselben; Haftung für nachträglich entdeckte Abmängel; Grund und Dauer dieser Haftpflicht . . 361

Alimentationspflicht des Ehemanns bei faktisch getrennter Ehe; Verheimlichung wichtiger Thatsachen Seitens des Ehemanns als Entfernungsgrund der Ehefrau . . . 366

Eigenschaft eines Hauskinds; Rechtsgeschäft zwischen Hausvater und Hauskind 372

Wechselseitige Testamente zwischen Ehegatten; Delation der Erbschaft an die gemeinschaftlichen Erben und Klagerecht der Letzteren 375

Rechtsprechung des Landesoberhandelsgerichts 377

Ordnungsmäßiger Protest; Art. 41 Ziff. 2 der Wechselordnung 377

Verabredung mit unbestimmtem Inhalt; richterliche Arbitrirung 379

Haftung des Fabrikbesitzers für die seinen Arbeitern zustoßenden Unfälle 381

Haftung der Eisenbahnverwaltung für ihre beim Bahnbetrieb verunglückten Angestellten 388

Umfang der Ersatzpflicht; eigenes Vermögen und Erwerbsfähigkeit der Hinterbliebenen; Einkommen des Verunglückten; Einrechnung der den Hinterbliebenen von dem Unterstützungsverein für Diener und Verkehrsanstalten zufließenden Beiträge 390

Umfang der Ersatzpflicht; Zeitdauer der zuzuerkennenden Rente 396

Zur Lehre von der Berechnung der kritischen Zeit beim Beweis der Vaterschaft zu unehelichen Kindern und dem Einfluß des Reifegrads hierauf. (Von Herrn Kreisgerichtsrath Hegler in Stuttgart.) 397

Der Entwurf einer deutschen Konkursordnung. (Von Dr. Sarwey.) 405

Das Verfahren, insbesondere die Stellung des Güterpflegers 410

Die Ansprüche der in der Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau nach dem Entwurf 423

Die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners und die Anfechtungsklage nach dem Entwurf 438

Der Artikel 145 der Strafprozeßordnung. (Von Hrn. Justizassessor Roser in Böblingen.) 448

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Ueber Administrativ-Justiz nach württembergischem Rechte.

Dritter Beitrag.

Verwaltungsjustiz und Verwaltung.

Von Dr. Sarwey.

§. 1. Rückblick. Abgrenzung der Feststellung der Aufgabe des dritten Beitrags.

Der erste Beitrag des Verfassers zu der Verwaltungsrechtspflege [1] hatte die Aufgabe, die Rechtsprechung in Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes durch besondere Gerichte als eine berechtigte Forderung im Rechtsstaate und die Existenzberechtigung der Verwaltungsgerichte als wesentlicher Glieder in dem Staatsorganismus zu begründen. In dem zweiten Beitrage [2] sind die Grundsätze über die Zuständigkeitsgrenze der Civilgerichte gegen die Administrativjustiz und die Verwaltung erörtert und an der Hand der Praxis dargestellt. Der Gang dieser Untersuchungen läßt sich in Kürze in Folgendem zusammenfassen:

Eine Aufgabe des Rechtsstaates ist es, welche Ansicht

[1] Dieses Archiv Bd. XIV, S. 185 u. f.

[2] Dieses Archiv Bd. XV, S. 1 u. f.

man auch über die Administrativjustiz haben mag, jedenfalls in allen Streitigkeiten über subjektive Rechte, d. h. über Interessen, welche als Individualrechte von der Gesetzgebung anerkannt sind, den Rechtsschutz durch die Gerichte zu gewähren. Insoweit dieser Rechtsschutz fehlt, kann von einem subjektiven Rechte nicht gesprochen werden. Ebenso ist umgekehrt kein Schutz der Individualinteressen durch Gerichte denkbar, wo kein subjektives Recht besteht. Die Rechtsprechung ist der Schutz der subjektiven Rechte, der rechtlich geschützten Individualinteressen[3].

Das erste und umfassendste Gebiet der Rechtsprechung außer der hier nicht in Betracht kommenden Strafrechtspflege ist das Gebiet des Privatrechtes, welches den größten Kreis der subjektiven Rechte, die Familienrechte und der Regel nach die Vermögensrechte umfaßt. Allein es sind in dem verfassungsmäßig geordneten Staatsleben subjektive Rechte denkbar und anerkannt, welche weder Familien- noch Vermögensrechte sind. Man kann sie die idealen öffentlichen Rechte nennen, sofern das Interesse des Einzelnen an seiner Stellung in dem genossenschaftlichen Verbande des Staates und der öffentlichen Korporationen ohne jede Beziehung auf Vermögensvortheile oder -Nachtheile den rechtlichen Schutz beansprucht. Sodann können auch

---

[3] Dieser Gesichtspunkt ist auch der Strafrechtspflege nicht fremd. Die Strafe ist die Zufügung eines subjektiven Uebels für die Uebertretung gewisser für die menschlichen Handlungen bestehenden Regeln. Strafen kann also auch der Erzieher, der Lehrer und, in Ausübung der Staatsgewalt, der absolute Herrscher mit oder ohne Kabinetsjustiz. Aber diese Prozeduren sind keine Strafrechtspflege. Die Strafrechtspflege erwächst ebenso sehr aus der Idee des Schutzes der Persönlichkeit, des Schutzes der Gesammtheit der rechtlich geschützten Individualinteressen, aus dem Rechte der Einzelnen auf Leben, Freiheit, Ehre und Eigenthum, wie aus dem öffentlichen Bedürfnisse der Verwirklichung des Strafgesetzes. Wir haben uns übrigens hier nur mit derjenigen Rechtsprechung zu beschäftigen, welche die Wiederaufhebung einer Interessenverletzung in Widerspruch mit dem Gesetze in anderer Form als der Strafe zur Aufgabe hat.

Vermögensintereſſen von dieſem Verbande beherrſcht und beſtimmt werden. Soweit dieß der Fall iſt, liegt ihr Schutz außerhalb des Kreiſes des Privatrechtes. Dieß trifft zu 1) wenn das Vermögensrecht die Verwirklichung des öffentlich rechtlichen Genoſſenſchaftsverhältniſſes iſt (öffentliches Vermögensrecht); 2) wenn und ſoweit das Vermögensrecht dem öffentlichen Intereſſe untergeordnet und dieſe Unterordnung oder das Maaß derſelben im Streit iſt (Kolliſion der öffentlichen Intereſſen mit den Vermögensrechten). Die Streitigkeiten über jene idealen öffentlichen Rechte und über Vermögensrechte in den oben bezeichneten zwei Ausnahmefällen ſind Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes, alle übrigen privatrechtliche Streitigkeiten. Daß ſich die unabhängige Rechtſprechung zuerſt für die privatrechtlichen Streitigkeiten organiſirte, erklärt ſich zunächſt aus der unvermeidlichen Kolliſion der Einzelintereſſen untereinander und aus dem Intereſſe Aller daran, daß dieſe Kolliſionen nicht durch Willkür, ſondern nach feſten Regeln geſchlichtet werden. Mit der Erkenntniß von der Nothwendigkeit eines ſolchen Rechtsſchutzes der Einzelintereſſen und mit der Reaktion des Begriffes der Perſönlichkeit, der Einzelnen gegen die abſolute Staatsgewalt, in welcher der Verfaſſungsſtaat wurzelt, mußte ſodann das Bedürfniß eines richterlichen Schutzes auch für Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes erkannt werden. Allein dieſem Bedürfniß iſt der Staat bis jetzt entweder nur auf halbem Wege (in der franzöſiſchen Anſchauung von der Verwaltungsjuſtiz, contentieux-administrativ), oder in vereinzelten Ausnahmefällen durch die Verweiſung einzelner Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes an die Civilgerichte, wie in Preußen durch das Geſetz vom 11. Mai 1842 und das Geſetz vom 24. Mai 1861, entgegengekommen. Die an ſich berechtigte Forderung der Grundrechte blieb unerfüllt, weil ſie dieſelbe nicht organiſch dem praktiſchen Bedürfniß anpaßten.

Eine wirkliche Befriedigung wird dieſes Bedürfniß

nur finden durch Schaffung eigener Gerichte für Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes, wie ein solches Gericht für die letzte Instanz, wenn auch nicht mit den für die Richter geforderten Garantien ihrer amtlichen Stellung, in Württemberg seit 1819 in der Institution des K. Geheimen Rathes als entscheidender Behörde besteht [4], für Baden, jedoch mit sehr beschränkter Kompetenz, durch das Gesetz vom 5. Oktober 1863 in dem Verwaltungsgerichtshof eingeführt wurde und durch einzelne Reichsgesetze, die deutsche Gewerbeordnung und das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz, vorgesehen ist.

Hiernach ist ebenso, wie für die Civilgerichte, auch für die Gerichte des öffentlichen Rechtes, die Verwaltungsgerichte, der Umfang ihrer Zuständigkeit zu erörtern und festzustellen. Da dieser Umfang gegenüber den Civilgerichten durch die in dem zweiten Beitrage enthaltenen Untersuchungen über deren Zuständigkeit abgegrenzt ist, erscheint es als die Aufgabe dieses dritten Beitrages, das Verhältniß der Verwaltungsjustiz zur Verwaltung, die Grenzen der Rechtsprechung des öffentlichen Rechtes gegenüber den Befugnissen der Verwaltungsorgane des Staates festzustellen.

Abgesehen davon, daß die Gesetzgebung und die Wissenschaft sich noch sehr wenig, die letztere so gut als gar nicht mit dieser Aufgabe beschäftigt hat, liegt eine sachliche Schwierigkeit derselben darin, daß sich diese Untersuchung über das ganze Gebiet des öffentlichen Rechtes und der öffentlichen Verwaltung zu verbreiten hat, welches, wenn

[4] Die Kundgebung der württ. zweiten Kammer (Beschluß vom 3. und 5. Juni 1874) gegen dieses Institut ist nicht gegen die Einrichtung eines obersten Administrativgerichtshofes gerichtet gewesen, was vom Standpunkte der liberalen Parteien aus ziemlich unerklärlich wäre, vielmehr nur gegen die Institution eines begutachtenden Staatsrathes und gegen die Verbindung der Rechtsprechung des öffentlichen Rechtes mit der Aufgabe eines begutachtenden Staatsrathes. Vgl. Verh. d. K. d. Abg. v. 1874, Prot. Band IX, sess. 216 bis 217, S. 5548 u. f.

auch im Großen und Ganzen auf denselben Prinzipien ruhend, doch in den einzelnen Theilen eine sehr verschiedene und abweichende Entwicklung in Deutschland gefunden hat und selbst von vorübergehenden politischen Strömungen und Anschauungen vielfach bedingt und beeinflußt ist. Aus diesem Grunde und da, wie schon erwähnt, in Württemberg seit 1819 das Bedürfniß einer Feststellung der Grenzen der Rechtsprechung des öffentlichen Rechtes gegenüber der Verwaltung vermöge der verfassungsmäßigen Berufung des Geheimen Rathes zur Rechtsprechung in Fragen des öffentlichen Rechtes bestanden hat, wird sich die folgende Untersuchung auf die Darstellung des württembergischen Rechtszustandes in der Hauptsache beschränken, übrigens nicht unterlassen, am geeigneten Orte auf das badische Gesetz vom 5. Oktober 1863 Bezug zu nehmen und die thatsächlichen Verhältnisse unter dem Gesichtspunkte der prinzipiellen Forderungen, der lex ferenda, zu erörtern.

§. 2. Der Grundsatz. Das Recht im subjektiven Sinne ist Gegenstand der Rechtsprechung der Gerichte des öffentlichen Rechtes, wie der Civilgerichte.

So unbedingt der Grundsatz, daß die Aufgabe der Rechtsprechung der Schutz subjektiver Rechte ist, für die Civilrechtsprechung anerkannt ist, so wird doch der richterlichen Thätigkeit auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, der Administrativjustiz, vielfach eine weiter gehende Aufgabe gestellt. Man will in jener Beschränkung der Aufgabe auf den Schutz subjektiver Rechte einen Mangel unseres Rechtslebens und der Stellung der Gerichte in Deutschland, sogar eine begrifflich unhaltbare Rechtsansicht finden. Unter Berufung auf die englischen und amerikanischen Rechtszustände wird gefordert, „daß über alle Gesetzesfragen mit wenigen bestimmten Ausnahmen richterliche Entscheidung erwirkt werden könne.“ [5]

[5] Westerkamp, Ueber die Reichsverfassung, S. 174.

Allein mit ſolchen allgemeinen Forderungen iſt dem Leben und der Rechtsanwendung wenig gedient. Man muß ſich über ihre Ausführung und Anwendung klar werden, um zu erkennen, wie weit ſie überhaupt zu verwirklichen ſind.

Vor Allem iſt ins Auge zu faſſen, daß es niemals die Aufgabe der Gerichte ſein kann, von Amtswegen über die Wahrung des Geſetzes zu wachen. Es iſt allgemein anerkannt, daß die Gerichte nur handeln, wenn ſie darum angegangen werden. Dieſer Grundſatz iſt ſelbſt in der Strafrechtspflege mehr und mehr zur Anerkennung gelangt. Immer alſo ſetzt die Thätigkeit der Gerichte eine Aufforderung hiezu, ſei es von Seite eines Einzelnen, ſei es in Folge des öffentlichen Auftrags von einer amtlichen Perſon voraus. Hieraus folgt unmittelbar die Nothwendigkeit, die Vorausſetzungen feſtzuſtellen, unter welchen der Einzelne oder die amtliche Perſon mit der Wirkung, den Richter zur Thätigkeit im Sinne des Antrages zu verpflichten, anrufen kann. Im Strafverfahren ſind es die Staatsanwälte, andere mit deren Funktion beauftragte beſtimmte Beamte oder, ſoweit Privatklage zuläſſig iſt, die Verletzten, deren Aufforderung das Gericht zur Thätigkeit beſtimmt. Auch in Privatrechtsſtreitigkeiten iſt die Wahrung des Geſetzes die Aufgabe des Richters. Allein es iſt anerkannt, daß kein Einzelner einen gerichtlichen Ausſpruch zu einem andern Zwecke verlangen kann, als zu dem Zwecke des Schutzes in ſeinen Intereſſen und zwar in der Form der Feſtſtellung eines konkreten Rechtsanſpruches oder Rechtsverhältniſſes. Niemals kann der Richter um einen Ausſpruch über Rechtsſätze, darüber, was geltendes objektives Recht auf dem Gebiete der Privatrechte ſei, angegangen werden. Ebenſowenig wird das Gericht auf den Antrag eines jeden beliebigen Antragſtellers in der Sache ſelbſt thätig, vielmehr nur auf den Antrag Desjenigen, welcher den Schutz ſeines rechtlich geſchützten Intereſſes verlangt. Man hat es bekanntlich für nöthig erachtet, die thatſäch-

lichen Voraussetzungen, unter welchen dem Einzelnen die Befugniß der Anrufung des Richters in einer Privatrechtssache zusteht, das Klagerecht, genau festzustellen.

Sollte es nun, muß man fragen, auf demjenigen Rechtsgebiete, welches weder in den Kreis des Strafrechtes noch des Privatrechtes fällt, auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes denkbar sein, auf Bedingungen gerichtlicher Thätigkeit zu verzichten, welche für die Strafrechtspflege und die Privatrechtssprechung als selbstverständlich anerkannt sind? Schon eine ganz äußerliche Erwägung läßt sofort erkennen, daß auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes so wenig, als auf dem Gebiete des Straf- und Privatrechtes, die Gerichte berufen sein können, Jedem, welcher es verlangt, einen Ausspruch darüber zu geben, was geltendes Recht überhaupt sei, so wenig, als ihre Aufgabe sein kann, von Amtswegen die Wahrung des Gesetzes zu überwachen. Es würde hiedurch ebensosehr eine nutzlose und darum unerträgliche Geschäftsüberbürdung als die Gefahr herbeigeführt, daß durch zahlreiche, überflüssige, durch ihre Allgemeinheit und den Mangel eines konkreten Zweckes verwirrende Richtersprüche das Gesetz verdunkelt würde. Schon hieraus ergibt sich, daß die Forderung, über alle Gesetzesfragen eine richterliche Entscheidung erwirken zu können, jedenfalls eine Einschränkung in der Richtung erfahren muß, daß in irgend einer Weise die Voraussetzungen festgestellt werden, unter welchen Einzelne oder Behörden den Richter zum Ausspruch über eine Gesetzesfrage durch ihren Antrag hierauf verpflichten können. Jene Forderung in ihrer abstrakten Allgemeinheit ist einfach unausführbar und bedarf der Einschränkung vor Allem durch Feststellung der zum Anrufen des Gerichtes berechtigten Personen.

Neben dieser subjektiven Beschränkung zeigt sich aber sofort auch das Bedürfniß der sachlichen Unterscheidung insofern, als die Anlässe, welche einen richterlichen Ausspruch als Bedürfniß erscheinen lassen, und die Zwecke,

welche durch die Herbeiführung eines Richterspruches erreicht werden wollen, verschieden sind. Das Gesetz kann an sich vollkommen klar sein, aber es wird eine Rechtsverletzung wegen Nichtbeachtung des Gesetzes behauptet oder über seine Anwendung im einzelnen Falle entsteht wegen Unsicherheit der Thatsachen oder wegen einer eigenthümlichen exzeptionellen thatsächlichen Lage oder in Folge besonderer thatsächlicher Verwicklungen Zweifel. Außerdem aber kann das Gesetz an sich unklar oder lückenhaft oder in seinem Rechtsbestande zweifelhaft sein. Aus dieser Verschiedenheit der Anlässe des Bedürfnisses einer richterlichen Entscheidung resultirt sodann auch eine Verschiedenheit des Zweckes, sofern entweder nur über die Gesetzesanwendung im einzelnen Falle, über die Anwendung der Rechtsregel auf die einzelnen Thatsachen ein Ausspruch ergehen oder der Ausspruch die Regel selbst, die Norm ohne Beschränkung seiner Wirkung auf den einzelnen Fall feststellen soll. Es ist einleuchtend, daß die letztere Thätigkeit ein wirklicher Akt der Gesetzgebung ist, wenn auch auf diesem Wege keinesfalls ein neues Gesetz erlassen und ein bestehendes Gesetz aufgehoben werden kann. Allerdings kann man auch von einer in ihrer Wirkung auf den einzelnen Fall beschränkten richterlichen Entscheidung in gewissem Sinne sagen, daß sie eine Fortsetzung der Thätigkeit des Gesetzgebers ist. Thatsächlich bilden die Richtersprüche einen wesentlichen Faktor der Gesetzesentwicklung als Präjudizien. Der Richter ist in diesem Sinne auch ein Organ der gesetzgebenden Gewalt, wie die staatsrechtlichen Gesetzgebungsfaktoren [6]. Allein wenn es an sich feststeht, daß im

[6] Westerkamp sagt a. a. O.: „Das Gesetz für sich ist ein todter Buchstabe, es erhält erst Leben durch die Anwendung, die Auslegung und Anwendung des Gesetzes ist Sache der Gerichte, sie geschieht in Form von Urtheilen." Diese Aeußerung bedarf in ihrer Allgemeinheit einer Berichtigung. Die Auslegung und Anwendung der Gesetze ist in erster Linie die Aufgabe Derjenigen, für welche sie gegeben sind, nicht der Gerichte, und nur, wenn hiebei Streit entsteht, oder die Strafgesetze verletzt werden, haben die Gerichte durch die

geordneten Staate eine Scheidung der gesetzgebenden und der rechtsprechenden Gewalt geboten ist, so ist auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes kein Grund zu einem Verzichte auf diese Scheidung ersichtlich und man wird hieraus sofort zu folgern haben, daß die richterliche Gewalt auch auf diesem Gebiete der Regel nach auf die Entscheidung des einzelnen Falles zu beschränken und die legislative Thätigkeit den gesetzgebenden Faktoren vorzubehalten ist. Es liegt dieß so sehr im Begriffe des Staates als einer organisch gegliederten Gesammtheit, daß sich, wenn in einem Staate auch eine legislative Thätigkeit den Gerichten zugewiesen ist, dieß nur als eine Ausnahme oder als ein Ueberrest früherer Zustände sich erklärt. Der Ausspruch des Richters hat in diesem Falle nicht die Natur eines Urtheils, sondern nur die Bedeutung eines sachverständigen Gutachtens, welches allerdings vermöge der Delegation des Richters zu einer legislativen Thätigkeit dem Gesetze gleich wirkt.

Aus diesen Prämissen, welche mit Grund kaum einer Anfechtung unterliegen werden, ergeben sich für die Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes folgende Einschränkungen der allgemeinen Forderung, daß über alle Gesetzesfragen richterliche Entscheidung erwirkt werden könne:

1) Die Gerichte des öffentlichen Rechtes sind ebenso, wie die Straf- und Civilgerichte der Regel nach nur zur Entscheidung über einen einzelnen Fall berufen.

2) Die Aufgabe, über das Gesetz, über das objektive Recht, ohne Beschränkung auf den einzelnen Fall, einen Ausspruch zu geben, ist ihrer inneren Natur nach, auch wo sie gesetzlich vorkommt, streng von der Thätigkeit des Gerichtes, welche die Entscheidung des einzelnen Falles zum Zwecke hat, zu unterscheiden, sie ist keine richterliche, sondern eine gesetzgeberische Thätigkeit.

Auslegung und Anwendung der Gesetze den Streit zu schlichten, beziehungsweise die Folge der Verletzung festzustellen.

3) Die letztere Thätigkeit ist eine Ausnahme von der Regel, daß die gesetzgebende Gewalt nicht dem Richter, sondern den verfassungsmäßig hiezu berufenen Organen, der Staatsregierung und den gesetzgebenden Versammlungen, zukommt.

4) Sowohl für die richterliche Thätigkeit im strengen Wortsinn, als für die immerhin denkbare legislative Thätigkeit der Gerichte des öffentlichen Rechtes gilt ebenso, wie für die Straf- und Civilgerichte der Grundsatz, daß sie nur auf Anrufen, nicht von Amtswegen eintritt.

5) Weder in dem einen noch in dem andern Kreise dieser Thätigkeit kann jeder beliebigen Person die Befugniß zustehen, dieselbe in Bewegung zu setzen; vielmehr muß diese Befugniß durch bestimmte, mit dem Zwecke dieser Thätigkeit im Einklange stehende thatsächliche Voraussetzungen begründet werden.

6) Diese Voraussetzungen müssen verschieden sein, je nachdem es sich um eine Entscheidung im einzelnen Falle oder um einen Ausspruch über das objektive Recht ohne Beschränkung auf den einzelnen Fall handelt. Auch wenn und wo dem Gerichte die letztere Thätigkeit in besonders bezeichneten Ausnahmefällen zugewiesen ist, findet man sie naturgemäß auf Fragen beschränkt, deren Erledigung auf diesem Wege das allgemeine öffentliche Interesse zu fordern scheint, woraus folgt, daß nur einzelne speziell bezeichnete Organe der öffentlichen Gewalt den Richter zu dieser Thätigkeit anrufen können [7].

---

[7] So bestimmt, um nur ein Beispiel aus Nordamerika, das stets angerufen wird, anzuführen, der Art. VI, sect. 11 der Verfassung von Missouri ganz im Einklang mit der obigen Ausführung: „die Richter des höchsten Gerichtshofes sollen ihre Meinung äußern („shall give their opinion", nicht ein Urtheil fällen) über wichtige Fragen des konstitutionellen Rechtes und bei wichtigen Veranlassungen (also ausnahmsweise), wenn sie darum von dem Gouverneur, dem Senate oder dem Repräsentantenhause ersucht werden." Wie Westerkamp a. a. O. mittheilt, erhielt aber die Legislatur des Staates, welche dem Gerichtshof im

Es kann an diesem Orte ganz dahin gestellt bleiben, ob nach dem Vorgange des nordamerikanischen Staatsrechtes die Erweiterung der gerichtlichen Aufgabe über die bisherige Grenze der Urtheilsfällung für den einzelnen Fall anzustreben ist. So viel ergibt sich aus dem Vorstehenden meines Erachtens als unzweifelhaft, daß man sich über die grundsätzliche Verschiedenheit dieser beiden Thätigkeiten vollkommen klar sein muß, wenn man hierüber urtheilen will, und daß jedenfalls auch die Gesetzgebung und die Rechtsprechung bezüglich der Voraussetzungen, unter welchen die gerichtliche Thätigkeit einzutreten hat, beide Arten dieser Thätigkeit strenge auseinanderhalten muß.

Was nun diejenige Thätigkeit betrifft, welche man kurz als die rechtsprechende bezeichnen kann und mit welcher sich diese Untersuchung allein zu beschäftigen hat, so ist allerdings zuzugeben, daß es logisch, vom Standpunkte der reinen Theorie aus, nicht undenkbar wäre, jeden Einzelnen zum Wächter des Gesetzes in der Weise zu machen, daß er über jede angebliche Verletzung des Gesetzes das Gericht anrufen könnte. Es wäre dieß Nichts Anderes als die Wiedereinführung der Popularklagen des römischen Rechtes[8] mit Ausdehnung auf das ganze Gebiet des öffentlichen Rechtes. Allein die Frage ist nicht, was logisch möglich, sondern was zur Wahrung des Gesetzes nothwendig ist, und daß die Wahrung des Gesetzes nicht erreichbar wäre, wenn nicht *jeder Einzelne wegen jeder angeblichen Verletzung* des Gesetzes und zwar *ohne alle* und *jede Beziehung auf seine individuellen Interessen* ein Gericht anrufen könnte, wird Niemand behaupten. Andererseits würde durch eine solche Ausdehnung des Klagerechtes, wie schon oben hervorgehoben, eine Gefahr für die Evidenz des Rechtes entstehen. Es wäre

---

Winter 1869/70 drei Fragen des konstitutionellen Rechtes vorgelegt hatte, keine Antwort hierauf mit der lakonischen Begründung „This is not an important question of constitutionel law."

[8] Dr. C. G. v. Wächter, Württ. Privatrecht Bd. II, S. 428.

ſogar im Widerſpruch mit dem Rechte der Perſönlichkeit, wenn jedem Dritten, welcher in keiner Weiſe bei einer Geſetzesfrage betheiligt iſt, ein Klagerecht gegeben würde. Beiſpielsweiſe wäre es doch geradezu lächerlich, dem B, der in keiner vermögensrechtlichen Beziehung zu A ſteht und behauptet, die dem A angeſetzte Steuer ſei zu hoch gegriffen, das Recht zu geben, wegen dieſer angeblichen Geſetzesverletzung den Adminiſtrativrichter anzurufen, während ſich A beruhigt. Soviel ſteht hiernach jedenfalls feſt und iſt auch allſeitig anerkannt, daß die Befugniß, den Adminiſtrativrichter anzurufen, durch das Intereſſe des Berufenden bedingt iſt, daß mithin Niemand auch wegen angeblicher Geſetzesverletzung ein Urtheil des Richters provoziren kann, der nicht bei der Entſcheidung betheiligt iſt. Das Intereſſe einer Perſon an der Entſcheidung einer Geſetzesfrage in dieſer unbeſtimmten Allgemeinheit iſt nun aber eine ganz ſubjektive Frage. Es kann Jemand ſich für die Entſcheidung einer Geſetzesfrage aus den verſchiedenſten Gründen intereſſiren; ſtrenggenommen kann man ſagen, jeder Einzelne hat in dieſem ſubjektiven Sinne ein Intereſſe an den Geſetzesfragen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes. Da es aber, wie ſchon gezeigt, unmöglich iſt, jedem Einzelnen das Klagerecht einzuräumen, andererſeits im geordneten Rechtsſtaate eine ſo wichtige Frage der Rechtſprechung nicht dem Belieben, dem ſubjektiven Ermeſſen des Gerichtes und der Einzelnen überlaſſen bleiben kann, ſo ergibt ſich hieraus als ganz ſelbſtverſtändliche Forderung der Adminiſtrativjuſtiz, daß dieſe Frage dem ſubjektiven Ermeſſen entrückt und objektiv, aus dem Geſetze und den Lebensverhältniſſen ſelbſt feſtgeſtellt wird, wer ein Klagerecht wegen Verletzung des Geſetzes in Fragen des öffentlichen Rechtes hat.

Wenn man dies anerkennt, ſo iſt eben hiemit auch anerkannt, daß der Adminiſtrativrichter ebenſo wie der Civilrichter über ſubjektive Rechte zu urtheilen hat. Denn Der-

jenige, welcher wegen angeblicher Verletzung *seiner* Interessen durch Nichtbeachtung des Gesetzes ein Klagerecht hat, d. h. den Richter zum Schutze gegen diese angebliche Verletzung der Interessen anrufen kann, verfolgt ein subjektives Recht, dessen Wesen, wie schon früher unter Berufung auf die treffende Definition Iherings betont wurde, das ist, *rechtlich geschütztes Interesse* zu sein. Man kann in der Anerkennung dieses Klagerechtes in Fragen des öffentlichen Rechtes mehr oder weniger weit gehen, den Kreis desselben enger oder weiter ziehen; aber man kann meines Erachtens begrifflich nicht bestreiten, daß insoweit, als man eine nach objektiven Merkmalen festgestellte Interessenbeziehung zu der Gesetzesfrage zur Bedingung der Anrufung des Administrativrichters macht und hiemit ein Klagerecht konstruirt, ein subjektives Recht anerkennt, auf welches sogar das Verzichtsprinzip Anwendung findet.

Dieses Ergebniß, welches hiernach mit innerer Nothwendigkeit aus dem Wesen der Rechtsprechung folgt,[9] steht auch keineswegs im Widerspruch mit der Idee des Rechtsstaates und den strengsten Forderungen der absoluten Herrschaft der Gesetze im Staate, vielmehr führt die Idee des Rechtsstaates zu demselben Ergebniß. Das öffentliche Recht, die Gesammtheit der Normen, welche die Genossenschaftsverhältnisse der Einzelnen im Staate und der öffentlichen Korporationen und dieser unter sich regeln, findet seine Organe im geordneten Staate in den öffentlichen Verwaltungsbehörden. Diese sind zur Anwendung, Wahrung und Aufrechterhaltung des Gesetzes berufen und es wäre ein innerer Widerspruch mit der Idee des öffentlichen Amtes, wenn man in Abrede ziehen wollte, daß dieselben die Fähigkeit und den Willen haben, das Gesetz und

[9] Der beste praktische Beweis hiefür liegt in der Entwicklung, welche die Rechtsprechung des württ. Geheimen Rathes in Fragen des öffentlichen Rechtes genommen hat. Vgl. dieses Archiv Bd. XIV, S. 189 ff. und 309 u. f.

Nichts als das Gesetz walten zu lassen und anzuwenden. Wer die Wahrung des Gesetzes nicht für gesichert hält, wenn nicht ohne alle und jede Beschränkung jede Gesetzesfrage, d. h. mit anderen Worten, jede Thätigkeit der Verwaltungsbehörden vor das Forum eines Gerichtes gezogen werden kann, verkennt die Aufgabe des öffentlichen Amtes in der Verwaltung, dessen erste und vorzüglichste Aufgabe die Wahrung des öffentlichen Rechtes, der Gesetze ist. Daß gleichwohl auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes eine Rechtsprechung nicht entbehrt werden kann, hat seinen Grund nicht in dem Mißtrauen in die Fähigkeit und in den Willen der Verwaltungsbehörden, das Gesetz zu wahren, oder in der Vorstellung, daß der Richter allein oder besser befähigt sei, das Gesetz zu wahren, sondern in der Interessenkollision und in dem Umstande, daß die zur Wahrung der öffentlichen Interessen berufene Verwaltungsbehörde bei dieser Interessenkollision zur Partei wird. Die Fürsorge für das öffentliche Interesse, für die Bedürfnisse der Gesammtheit ist Sache der Verwaltungsbehörden. Zur Erfüllung dieser Aufgabe sind sie bestellt, und wenn sie dieser Aufgabe nicht gerecht werden, so ist die Institution mangelhaft und bedarf einer Verbesserung, was die Aufgabe der Regierung, der Volksvertretung und der öffentlichen Agitation ist. Nach dieser Seite kann die Rechtsprechung keine Mängel verbessern.

Die Gesetze sind nicht um ihrer selbst willen gegeben, sondern zu dem Zwecke, die Interessen der Gesammtheit und die Rechte der Einzelnen zu sichern. Darüber aber, was nach dem Gesetze für die Interessen der Gesammtheit zu geschehen hat, können nur die zu deren Wahrung berufenen Organe entscheiden; denn dazu sind sie eingesetzt und als Garantie dafür, daß sie diese Aufgabe erfüllen, dient die Kontrole der Volksvertretung und der Grundsatz der Ministerverantwortlichkeit. Nur in dem Falle, wenn behauptet wird, daß bei der Wahrung dieser Interessen im Widerspruch mit dem Gesetz andere rechtlich geschützte

Intereſſen, d. h. ſubjektive Rechte verletzt ſeien, würde es dem Begriffe des Rechtsſtaates widerſprechen, die Entſcheidung hierüber denſelben Behörden, welche das rechtlich geſchützte Intereſſe verletzt hätten und daher als Partei erſcheinen, zu überlaſſen. Nur für dieſen Fall kann alſo die Nothwendigkeit, dieſe Entſcheidung einem anderen öffentlichen Organe, dem von der Verwaltung unabhängigen Richter, zu übertragen, als begründet erkannt werden. In dieſem inneren Grunde der Nothwendigkeit der Verwaltungsjuſtiz finde ich auch, wie ſich unten zeigen wird, das Prinzip, nach welchem die Grenze von Verwaltungsjuſtiz und Verwaltung zu ziehen iſt. Es liegt im Begriffe der rechtlich, durch das Staatsgeſetz anerkannten Individualintereſſen, der ſubjektiven Rechte, daß im Falle ihrer angeblichen Verletzung im Rechtsſtaate eine Entſcheidung durch ein unabhängiges Gericht erwirkt werden kann. Weiter zu gehen und über die Behauptung einer bloßen Verletzung des Geſetzes an ſich, um ſeiner ſelbſt willen, den Richter zur Entſcheidung zu berufen, liegt weder ein praktiſches Bedürfniß vor, noch fordert dies die Idee des Rechts- oder Verfaſſungsſtaates, wobei, wie ſchon oben bemerkt, die Frage, ob der Richter nicht in einzelnen wichtigen Ausnahmefällen, zur Aeußerung ſeiner Meinung über wichtige Verfaſſungsfragen von beſtimmten hiezu für befugt erklärten Organen des Staates ſoll aufgefordert werden können, nicht hieher gehört.

Mit dem Vorſtehenden iſt die Antwort auf eine neueſtens erſchienene Schrift über die Verwaltungsrechtspflege ſchon gegeben.[10] Allein wenige Bemerkungen gegen dieſelbe

[10] Die Reform der Verwaltungsrechtspflege von Pfizer, Kreisrichter in Ulm, S. 1—57. Stuttgart, 1873. Verlag von A. Herz. Wenn ich im Folgenden etwas näher auf dieſe neueſte Schrift über Adminiſtrativjuſtiz eingehe, ſo iſt mein Zweck nicht, eine Beurtheilung derſelben zu geben, vielmehr nur, aus einzelnen Sätzen und Konſequenzen, zu welchen der Verfaſſer gelangt iſt, den Nachweis zu führen, wie unſicher und willkürlich die ganze Behandlung des Gegenſtandes wird, ſobald man den ſichern Boden aller

mögen hier noch eine Stelle finden, weil sie mir geeignet scheinen, den hier vertretenen Standpunkt noch näher zu erläutern und aus den eigenen Behauptungen der denselben bekämpfenden Schrift zu rechtfertigen.

Der Verfasser bezeichnet seinen Standpunkt S. 21 in folgenden Sätzen:

„Gegenstand der Verwaltungsrechtspflege ist nicht der Schutz öffentlicher Rechte im subjektiven Sinne, vielmehr der Schutz des Gesetzes, des öffentlichen Rechtes im objekten Sinne gegen Eingriffe der vollziehenden Gewalt." [11]

Rechtspflege, die Aufgabe der Rechtsprechung, subjektive Rechte zu schützen, verläßt. Die Berichtigung einer Ungenauigkeit kann ich übrigens an diesem Orte nicht unterlassen. In einer Note (S. 8) sagt der Verfasser: „In Württemberg besteht noch heute ein Gesetz, wornach eine im Auslande nach den Gesetzen des Auslandes giltig geschlossene (Civil-) Ehe eines Württembergers von den württembergischen Gerichten für nichtig erklärt werden muß." Bekanntlich ist durch das Gesetz vom 19. Sept. 1872 das bis dahin bestandene Verbot der Trauung im Auslande aufgehoben. Es ist also jede im Auslande durch kirchliche Trauung abgeschlossene Ehe auch in Württemberg giltig. Nur die Civilehe als solche gilt in Württemberg nicht, weil die württembergische Gesetzgebung die Civilehe nur als Nothcivilehe, nicht als allgemein giltige Form der Eheschließung kannte. Dieß ist jedoch eine Folge der allgemeinen Rechtsgrundsätze, nicht eines besondern Gesetzes. Der Verfasser hat sich auch in sofern in einer zu Mißverständnissen führenden ungenauen Weise ausgedrückt, als er allgemein von einer „im Ausland nach den Gesetzen des Auslandes giltig geschlossenen Ehe" spricht, wodurch die Meinung erweckt wird, als ob jede im Ausland geschlossene Ehe als solche nichtig wäre, was seit dem angeführten Gesetze nicht mehr richtig ist.

[11] Gegen welche Eingriffe ist nicht gesagt. Es kommt aber Alles darauf an, ob der Verfasser hierunter „Eingriffe in das Gesetz, Verletzungen des Gesetzes" oder „Eingriffe in Individualinteressen" versteht. Nach dem unmittelbar folgenden Satze kann nur das Letztere gemeint sein. Wenn Pfizer a. a. O. weiter bemerkt, eine Begründung des in der Praxis des K. Geheimen Rathes befolgten Grundsatzes, daß das objektive Recht nicht Gegenstand der richterlichen Thätigkeit sei und die Rechtsprechung zum Zwecke nur die Entscheidung über subjektive Rechte habe, sei weder in den Entscheidungen des K. Geheimen Rathes, noch in meiner Ausführung

S. 52 faßt der Verfaſſer dieſen ſeinen Standpunkt in folgendem mit geſperrter Schrift gedruckten Ausſpruch zuſammen:

„Soweit der Verwaltung (der Exekution, Polizei) durch das Geſetz Schranken gezogen ſind, iſt ein Verwaltungsrechtſtreit möglich; ſoweit ſolche Schranken nicht beſtehen, läßt ſich auch kein Streit des öffentlichen Rechtes, ſondern nur ein Verwaltungsſtreit denken. Die Gegenüberſtellung von Verwaltungsſtreit und Verwaltungsrechtsſtreit hat vollkommen dieſelbe Bedeutung und denſelben Sinn, wie wenn man zwiſchen Streitigkeit des bürgerlichen Verkehrs (commercium) und Rechtsſtreitigkeiten des bürgerlichen Verkehrs unterſcheiden wollte. Die Streitigkeit des bürgerlichen Verkehrs, wie die Streitigkeit des öffentlichen Lebens wird zum Rechtsſtreit dadurch, daß ſie zum Austrag vor den Richter gebracht wird."

Ganz unanfechtbar iſt es unzweifelhaft, wenn der Verfaſſer in dieſen Sätzen beſtreitet, daß begrifflich Verwaltungsrechtsſtreit und Verwaltungsſtreit einander gegenüber geſtellt werden können. Nur iſt nicht abzuſehen, was hiemit bewieſen werden ſoll. Iſt ein Gegenſtand des öffentlichen Rechtes zum Gegenſtand eines Streites im techniſchen Sinne des Wortes geworden, ſo iſt er Gegenſtand eines Verwaltungsrechtsſtreites; wird aber Streit nur im nicht techniſchen Sinne, als Verſchiedenheit der Meinungen, Anſichten, Intereſſen und Abſichten genommen, ſo iſt hiemit idem per idem geſagt, daß nemlich ein Streit in dieſem nicht techniſchen Sinn kein Rechtsſtreit iſt,

---

gegeben, ſo habe ich hiegegen auf die Ausführungen in Bd. XIV, S. 189—193 und Bd. XV, S. 9—24 zu verweiſen, welche der Verfaſſer keiner Aufmerkſamkeit gewürdigt hat, und anzufügen, daß dieſe Ausſtellung um ſo weniger gerechtfertigt erſcheinen dürfte, als die eingehendere Begründung dieſes Grundſatzes ſelbſtverſtändlich der Erörterung der Grenze der Adminiſtrativjuſtiz gegenüber der Verwaltung vorzubehalten war, für welche er allein entſcheidende Bedeutung hat.

woraus dann von selbst folgt, daß ein Streit im technischen Sinne immer ein Rechtsstreit sei, was Niemand bestreiten wird oder bestritten hat. Nicht weniger ist es unzweifelhaft richtig, daß die Streitigkeit des öffentlichen Rechtes zum Rechtsstreit dadurch wird, daß sie zum Austrag vor den Richter gebracht wird. Aber die Frage ist gerade, wann eine Streitigkeit des öffentlichen Rechtes vor den Richter zum Austrag gebracht werden kann, und wenn die Frage so gestellt wird, so führt jeder Versuch, sie zu beantworten, mit logischer Nothwendigkeit zu der von mir vertretenen Auffassung der Administrativjustiz.

Zum Begriffe des Streites gehören vor Allem zwei Theile, welche miteinander streiten. Nun kann es aber doch offenbar nicht die Aufgabe des Staates und seiner zur Rechtsprechung berufenen Organe sein, über bloße Meinungsverschiedenheiten und einander bekämpfende Absichten der Individuen Entscheidungen zu geben. Dieß gilt für das Gebiet des öffentlichen Rechtes gerade ebenso, wie für das Gebiet des Privatrechtes. Es müssen sich, um von streitenden Theilen sprechen zu können, zwei Parteien gegenüber stehen, deren Jede ein Interesse unter Berufung auf das Gesetz (das objektive Recht) verfolgt. Hiemit ist von vornherein gegeben, daß der Begriff eines Verwaltungsrechtsstreites wie eines Privatrechtsstreites neben dem Moment der behaupteten Verletzung eines Rechtssatzes noch das weitere Moment fordert, daß die Verletzung des Rechtssatzes als Verletzung der Interessen dargestellt werde, deren Wahrung die Parteien durch den richterlichen Spruch bezwecken. Andernfalls würde man zu dem Ergebniß gelangen, daß jeder, welcher behauptet, die Verwaltungsbehörden des Staates haben irgendwie gegen das Gesetz gehandelt, die Richter anrufen könne, ohne alle und jede Unterscheidung, ob er ein Interesse hierbei hat oder nicht.

Dieß erkennt nun schließlich Pfizer selbst an und gerade hiedurch wird derselbe mit innerer Nothwendigkeit, wenn anders der einfachsten Logik ihr Recht verbleibt, auf.

den Standpunkt von selbst hingedrängt, dessen Bekämpfung, wie es scheint, die Tendenz seiner Schrift ist. Pfizer sagt (a. o. a. O.):

„Zur Klage beim Verwaltungsrichter ist derjenige berechtigt (d. h. offenbar, nur derjenige), welcher ein Interesse daran hat, daß das Gesetz nicht verletzt werde."

Dieser allgemeine Satz wird sodann später (S. 22) in folgender Weise näher erläutert:

„Zwischen Civil- und Strafrichter hält die Thätigkeit des Verwaltungsrichters die Mitte: er wartet zwar, wie der Civilrichter, das Anrufen der Betheiligten ab, als klagberechtigt anerkennt er aber (?) Jeden, der ein Interesse an der Verletzung des Gesetzes (? vielmehr an der Nichtverletzung des Gesetzes) hat, sei es die Verwaltung, welche hier freie Hand hat,[12] ob sie klagen, beziehungsweise ihre Vertreter zur Klage ermächtigen will oder nicht, — oder ein Privater. Es ist nicht zu bestreiten, daß der Begriff des „Interesses an einer Verletzung des Gesetzes" ein sehr allgemeiner ist; als öffentlicher Ankläger wegen eines Verbrechens kann, wenn die Gesetzgebung die öffentliche Anklage durch Nichtbeamte überhaupt zuläßt, jeder Bürger auftreten, denn jeder hat ein Interesse daran, daß kein Verbrechen begangen werde[13]; so allgemein ist das Interesse an der Verletzung (d. h. Nichtverletzung) des Verwaltungsrechtes i. w. S. nicht; im einzelnen Fall wird es übrigens nicht schwer sein, zu bestimmen, ob der auftretende

[12] Ich möchte dieß doch bezweifeln. Die Verwaltung, d. h. die zur Wahrung des öffentlichen Rechtes berufene Behörde ist verpflichtet, das Gesetz innerhalb ihrer Kompetenz selbst anzuwenden und würde gegen diese Pflicht handeln, wenn sie zum Zwecke der Erfüllung derselben die Verwaltungsrichter anrufen würde. In den Folgerungen für das Prinzip aus diesen Prämissen ändert jedoch dieses Bedenken Nichts.

[13] Kein Verbrechen vielleicht, aber wie ist es mit den Vergehen und Uebertretungen in der Mehrzahl der Fälle?

Kläger ein solches habe oder nicht; einiges freie Ermessen muß hier dem Verwaltungsrichter eingeräumt werden; vielfach wird übrigens auch die Gesetzgebung in der Lage sein, den Kreis der klageberechtigten Interessen zu bestimmen, wie dieß z. B. bei Wahlanfechtungen regelmäßig der Fall ist, wo als klageberechtigt nur die Angehörigen des Wahlkreises zugelassen werden."

Drei Momente dieser Ausführung muß man nun ins Auge fassen, um zu erkennen, daß der Verfasser auf einem Umwege, allerdings ohne es zu bekennen, zum Vertheidiger der von ihm bekämpften Theorie geworden ist:

1) Der Verwaltungsrichter muß, um thätig zu werden, von einem Klageberechtigten angerufen werden;

2) Klageberechtigt ist aber nicht jeder, welcher eine Verletzung des objektiven Rechtes (des Gesetzes) behauptet, sondern nur, wer behauptet, daß sein Interesse hiedurch verletzt sei;

3) allein auch diese Behauptung für sich allein macht ihn noch nicht zum Klageberechtigten, (natürlich; denn wenn er kein Interesse an der Sache hätte, würde er nicht klagen, m. a. W. jeder Kläger zeigt ein Interesse an der Sache), sondern „das freie Ermessen des Verwaltungsrichters muß bestimmen, ob das Interesse ein solches ist, welches zur Klage berechtigt, am besten ist es, wenn die Gesetzgebung selbst bestimmt, wer klageberechtigt wegen Verletzung seiner Interessen ist.

Hiemit nun ist von selbst das subjektive Recht als Gegenstand der Rechtsprechung des Verwaltungsrichters nur unter einem andern Namen konstruirt. Das Interesse, dessen angebliche Verletzung zur Klage berechtigt, d. h. dasjenige Interesse, welches der Richter im Falle seiner Verletzung zu schützen die Aufgabe hat, ist eben nichts Anderes, als rechtlich geschütztes Interesse, subjektives Recht. Es wäre widersinnig, ein Klagerecht auf das Interesse zu gründen, wenn dieses Interesse, sofern seine Verletzung

dargethan wird, gleichwohl von dem Richter nicht geschützt werden könnte. Es wäre ebenso begriffswidrig, das Recht, den Richter anzurufen, das „Klagerecht", durch ein anderes Interesse bedingt sein zu lassen, als dasjenige, welches der Richter zu schützen berufen ist. Das Klagerecht und die Aufgabe des Richters müssen sich decken. Der Richter kann nicht zur Urtheilsfällung über objektives Recht („das Gesetz an sich") berufen sein, wenn seine Thätigkeit durch einen Antrag bedingt und ein besonderes zur Klage berechtigendes Interesse zur Stellung des Antrages erforderlich ist. Es gibt nur Eine Alternative. Derjenige, welcher die Wahrung des öffentlichen Rechtes im objektiven Sinne, den Schutz des Gesetzes als solchen als Aufgabe der Administrativrechtsprechung behauptet, muß denselben von Amtswegen zur Thätigkeit verpflichten und Jedem Einzelnen, wer er auch sei, die Befugniß einräumen, als Denunziant, ohne alle Beziehung auf sein Interesse, den Richter zur Thätigkeit zu verpflichten. Derjenige aber, welcher anerkennt, daß auch der Verwaltungsrichter, wie der Civilrichter, von einem Klageberechtigten angerufen werden muß, um thätig zu werden, und daß das Klagerecht durch eine besondere von dem Gesetz oder dem Ermessen des Gerichtes selbst festzustellende Qualifikation des Interesses des Anrufenden bedingt ist, macht ebenhiemit dieses Interesse zum subjektiven Recht, wie sich auch in den Konsequenzen bezüglich des Verfahrens zeigt. Denn folgerichtig muß nach der zweiten Auffassung der Verwaltungsrichter aufhören thätig zu sein, sobald auf die Klage verzichtet wird. Folgerichtig kann das Urtheil als solches formell nicht über den Kreis der vor dem Richter verhandelnden Interessenten hinauswirken. Folgerichtig kann auch das Ermessen des Verwaltungsrichters, welchem die Entscheidung über die Ausdehnung des Klagerechtes in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung anheimfallen soll, kein prinziploses sein. Der Richter kann nicht etwa je nach der Intensität der angeb-

lichen Intereſſenverletzung, je nach der bürgerlichen Stellung des Klägers, je nach der wechſelnden Auffaſſung über die Wichtigkeit oder Bedeutung einer öffentlichen Rechtsnorm willkürlich das Einemal ein Klagerecht anerkennen, das anderemal verweigern. Dem Obigen zufolge gibt es aber für die Feſtſtellung des Klagerechtes kein anderes Kriterium, als das ſubjektive Recht. Nur wenn der Richter nach dem Geſetze berufen iſt, ein Individualintereſſe im Falle der Verletzung zu ſchützen, iſt dieſes Intereſſe ein ſolches, welches denjenigen, der dieſen Schutz verlangt, zur Klage berechtigen kann und nur, wenn in den andern Fällen das Klagerecht verneint wird, kann man von einem Klagerecht auf Grund der angeblichen Verletzung eines Intereſſes durch Nichtbeachtung des Geſetzes ſprechen. Das Klagerecht kann, ſoweit nicht „einem Jeden aus dem Volk“ eine Klage, die Popularklage, gegeben iſt, ohne ein ſubjektives Recht nicht gedacht werden; es iſt der Ausfluß eines ſubjektiven Rechtes, oder ſelbſt ein ſubjektives Recht, deſſen rein formeller Inhalt ein materielles Recht im ſubjektiven Sinne zu ſeiner Vorausſetzung hat, wenn es nicht einen Widerſinn in ſich ſelbſt enthalten ſoll, wobei nur gegen Mißverſtändniſſe darauf beſonders hinzuweiſen iſt, daß es ſich hier um ein in dem eigenen Intereſſe begründetes Klagerecht, nicht um die Legitimation zur Klage Namens eines Andern oder der Geſammtheit handelt. Wenn man allerdings ſubjektives Recht und Privatrecht im ſubjektiven Sinne als Eines und daſſelbe nimmt, ſo kann man zu dem Ergebniß gelangen, daß der Kreis der Adminiſtrativrechtſprechung zu enge begrenzt ſei, falls ſie auf die Rechtſprechung über ſubjektive Rechte beſchränkt werde. Allein ebendieß iſt ein reiner Cirkel im Beweis und es wird im folgenden Paragraphen dargethan werden, daß man ſubjektive Rechte des öffentlichen Rechtes, welche keine Privatrechte ſind, nicht nur künſtlich konſtruiren kann, ſondern daß ſie in Theorie und Praxis längſt anerkannt ſind. Allerdings findet es aber in der geſchichtlichen Entwicklung

der Ansichten über öffentliches Recht, welche erst allmählig, langsam und zur Zeit noch nicht mit allen ihren Konsequenzen eine Rechtsprechung des öffentlichen Rechtes als eine Forderung des Rechtsstaates sich zum Bewußtsein gebracht haben, seine Erklärung, daß diese Begriffe noch eine gewisse Flüssigkeit haben und daß erst durch die Rechtsprechung selbst wissenschaftliche Untersuchungen und die neuere Gesetzgebung vielfach noch festzustellen ist, welche Interessen der Einzelnen durch die Gesetzgebung des öffentlichen Rechtes als solche anerkannt sind, deren Verletzung zur Klage bei dem Administrativjustizrichter berechtigt, d. h. subjektive Rechte sind.

Bei dieser Untersuchung muß stets daran festgehalten werden, daß es zunächst die Verwaltungsbehörden sind, welchen die Wahrung des Gesetzes obliegt und daß bei der Kollision, in welche die Interessen der Gesammtheit mit den Interessen der Einzelnen gerathen können, die Wahrung der Interessen der Gesammtheit gefährdet würde, wenn ihr ein richterlich geschütztes Individualinteresse überall hemmend und beschränkend in den Weg treten könnte. Von diesem Gesichtspunkte aus gewinnen die Gründe, welche man gegen die unabhängige Justiz in Fragen der Verwaltung und des öffentlichen Rechtes geltend macht,[14] ihre Berechtigung. Nicht um einer willkürlichen Handhabung der Gesetze durch die Verwaltungsbehörden Thür und Thor zu öffnen, oder die subjektiven Rechte der Einzelnen vor den Machtsprüchen des Staates zerrinnen zu lassen, sondern um die Verwirklichung der öffentlichen Interessen insoweit, als subjektive, von dem Richter zu schützende Rechte nicht entgegenstehen, um die Erfüllung der Aufgabe der Staatsverwaltungsbehörden zu sichern, ist die Beschränkung der Rechtsprechung der Verwaltungsjustizbehörden auf den Schutz subjektiver Rechte und die volle Unabhängigkeit der Verwaltungsthätigkeit von

[14] Dieses Archiv, I. Beitrag, Bd. XIV. S. 189.

richterlicher Kontrole außerhalb dieses Kreises zu fordern. Umgekehrt ist, soweit das öffentliche Recht des Staates selbst die Unverletzlichkeit der Individualinteressen durch die Verwaltung, ihre Wahrung als einen Theil des öffentlichen Interesses selbst anerkennt, ihr Schutz durch die Richtergewalt nicht nur möglich, sondern durch den Staatsbegriff gefordert. Hieraus ergibt sich,

1) daß auch, wenn eine Norm des öffentlichen Rechtes die Individualinteressen berücksichtigt und berührt, da über denselben doch das allgemeine Wohl steht, die Verwaltung im Zweifel die Befugniß haben muß, zu entscheiden, ob die gesetzlich vorgesehene Berücksichtigung der Individualinteressen und in welchem Maße sie unter dem Gesichtspunkte des allgemeinen Wohles dem Gesetze zufolge durch die Verhältnisse geboten ist, ohne daß ein drittes Organ, ein außerhalb der Verwaltung stehender Richter zum Urtheil hierüber berufen werden könnte, und

2) daß nur, wenn der Gesetzgeber selbst die Wahrung der Individualinteressen, die Nichtverletzung derselben so sehr als einen Theil und als eine Bedingung des öffentlichen Wohles erkannt hat, daß er ihre Nichtbeachtung unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen als eine Rechtsverletzung betrachtet und ebendarum für gesetzwidrig und absolut unstatthaft erklärt hat, die Anrufung eines Richters zur Entscheidung im Falle der angeblichen Verletzung begründet ist.

Hiernach ist die Aufgabe der Administrativrechtsprechung die Wahrung der Individualinteressen, soweit sie subjektive Rechte sind, gegen Verletzung durch Nichtbeachtung des zur Wahrung der Interessen der Gesammtheit bestehenden öffentlichen Rechtes, die Aufgabe der Verwaltung die Wahrung der Interessen der Gesammtheit in Anwendung des öffentlichen Rechtes. Die Schranke der letzteren liegt in dem subjektiven Rechte und seinem Schutze durch den Verwaltungsrichter, und wo diese Schranke nicht zutrifft, in der Ueberwachung der Gesetzmäßigkeit ihrer Verfügung

durch den verantwortlichen Minister und die ständische Kontrole.[15]

Ob und in wie weit nun das öffentliche Recht,[16] soweit es die Individualintereſſen berührt, denſelben die Natur ſubjektiver Rechte, oder was daſſelbe iſt, den Schutz der Rechtſprechung zugeſteht, ſollte das Geſetz ſelbſt beſtimmen. Da jedoch dieſe Scheidung der Verwaltung und Rechtſprechung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes ſich erſt allmählig vollzogen hat, während das öffentliche Recht auf einer Maſſe älterer geſetzlicher Vorſchriften und Einrichtungen beruht, welche über dieſe Frage keine ausdrückliche Beſtimmung enthalten, wie auch neue Geſetze nach dieſer Seite noch vielfach die nöthige Beſtimmtheit vermiſſen laſſen, iſt es die Aufgabe der Wiſſenſchaft und der Praxis, durch

---

[15] Die Frage, welchen Einfluß die Behauptung, in einem öffentlichen Rechte verletzt zu ſein, überhaupt die Klagebegründung hat, iſt in dem I. Beitrag, Bd. XIV, S. 190 u. f. kurz erörtert. Am Schluſſe der Unterſuchung wird auf dieſe Frage zurückzukommen ſein.

[16] Das öffentliche Recht findet ſeine Quelle nicht allein im Geſetz, ſondern auch in den vermöge geſetzlicher Vollmacht erlaſſenen Verfügungen der vollziehenden Gewalt (Verordnungen, Ortsſtatuten, polizeiliche Bekanntmachungen). Die Frage, ob der Richter die Geſetzmäßigkeit dieſer Verfügungen zu prüfen habe, iſt eine allgemeine und ihre Entſcheidung für den Straf- und Civilrichter iſt auch maßgebend für den Verwaltungsrichter. Es liegt daher kein Grund vor, an dieſem Orte hierauf einzugehen. Soviel iſt ſelbſtverſtändlich, daß wenn durch Verfügungen der vollziehenden Gewalt ſubjektive vom Geſetz anerkannte Rechte verletzt würden, hiegegen nach unſerer Grundauffaſſung der Verwaltungsrechtspflege der Verwaltungsrichter angerufen werden könnte. Ebenſo aber können durch ſolche Verfügungen ſubjektive Rechte begründet werden, deren Schutz durch den Verwaltungsrichter verlangt werden kann. Die Behauptung Pfizer's a. a. O. S. 3, „die Möglichkeit der Verwaltungsrechtspflege beruht auf dem Gegenſatz von Geſetz und Verordnung," iſt mir daher nicht verſtändlich. Hätte er geſagt, die Möglichkeit der Verwaltungsrechtspflege beruht auf dem Gegenſatz von Geſetz und ſeinem Vollzug oder ſeiner Anwendung, ſo hätte er zwar etwas Selbſtverſtändliches, aber doch nichts Unverſtändliches geſagt.

die Auslegung der Gesetze selbst unter Anwendung der ebenbezeichneten Gesichtspunkte festzustellen, wie weit die Verwaltung durch die gesetzliche Anerkennung subjektiver Rechte beschränkt ist, womit die Grenze von Verwaltungsjustiz und Verwaltung von selbst bestimmt wird.

Folgerichtig hat diese Untersuchung im Einzelnen von den Individualinteressen auszugehen und sich mit denselben nur insoweit zu beschäftigen, als ihr Schutz nicht der Rechtsprechung des Civilrichters anheimfällt. Diese Grenze der Aufgabe ist in dem zweiten Beitrage[17] des Verfassers gezogen, auf welche zu verweisen ist. Hiernach sind die Individualinteressen, mit welchen wir uns hier zu beschäftigen haben,

1) die idealen, welche ohne Beziehung auf das Vermögen in der Persönlichkeit als Glied der öffentlichen Genossenschaften, des Staats, der Gemeinde und der anderen öffentlichen Körperschaften, in der Theilnahme an den Einrichtungen dieser Genossenschaften ihren Grund haben,

2) die vermögensrechtlichen, sofern dieselben entweder durch die Interessen der Gesammtheit an sich beschränkt sind oder im einzelnen Falle der Geltendmachung dieser Interessen zu weichen haben, oder soweit sie die Verwirklichung der durch das öffentliche Recht geregelten Beziehungen sind, in welchen der Staat und die vom Staate anerkannten Korporationen zu den Einzelnen und zu einander stehen.[18]

§. 3. Die idealen Interessen.

Die idealen Interessen, welche der Einzelne ohne jede Beziehung auf mögliche vermögensrechtliche Wirkungen als Glied der öffentlichen Genossenschaftsverbände des Staates[19]

---

[17] Dieses Archiv Bd. XV. S. 1 bis 105.

[18] Vergl. a. a. O. S. 14—24.

[19] Wenn der Staat als Genossenschaftsverband hier neben die öffentlichen Korporationen im Staate gestellt wird, so will hiermit der Staatsbegriff selbstverständlich nicht zur bloßen Genossenschaft herabgedrückt, sondern nur diejenige Seite seines Wesens, welche

und der öffentlichen Korporationen hat, sind nicht in dem Maße, wie die vermögensrechtlichen Interessen und die Familienverhältnisse der Kollision mit den Interessen Anderer und ihrer Verletzung ausgesetzt. Ihre Verwirklichung liegt in der Ausführung des Gesetzes, zu welcher die Verwaltungsbehörden berufen und verpflichtet sind und ebenhierin liegt schon an und für sich ein Schutz dieser Interessen, dessen die auf dem Gebiete des Privatrechtes liegenden Interessen entbehren. Wo sich gleichwohl Interessenkollisionen und in Folge hievon Interessenverletzungen zeigen, finden sie ihre Lösung der Regel nach ebenso wie andere politische Konflikte durch die Institutionen des konstitutionellen Staatsrechtes, die Ministerverantwortlichkeit und die Volksvertretung. Ein allgemeines Bedürfniß, diese idealen Interessen zu subjektiven Rechten zu steigern und dieselben des gerichtlichen Schutzes fähig zu machen, läßt sich daher nicht behaupten. Die Gesetze, welche die Beziehungen der Einzelnen zu den öffentlichen Genossenschaftsverbänden, ohne vermögensrechtliche Wirkungen zu bezwecken, regeln, haben zunächst nicht den Schutz der Einzelinteressen, sondern das Wohl der Gesammtheit im Auge, und wenn der Einzelne sich hiebei so sehr mit dem Wohl der Gesammtheit identifizirt, daß er in einer Verletzung des Gesetzes zugleich eine Verletzung seiner Interessen erblickt, oder wenn er sein Individualinteresse zu einem Interesse der Gesammtheit potenzirt, so ist dieß eine subjektive Auffassung, welche durch das Gesetz, das objektive Recht zu sanktioniren, kein allgemeines Bedürfniß vorliegt. Je mehr aber der Staat die Nothwendigkeit erkennt,

---

hier allein in Betracht kommt, bezeichnet werden. Daß der Staat mehr ist, als eine Genossenschaft, daß er im Volke seine natürliche, über jeder genossenschaftlichen Verbindung stehende, substantielle Grundlage hat und die Genossenschaftsform nur die bewußte Verwirklichung der im Volke gegebenen natürlichen Einheit Vieler ist, habe ich an anderem Orte erörtert. Deutsche Vierteljahrsschrift 1866 Heft I, Nr. CXIII, S. 128 u. f.

als Rechtsstaat die idealen Interessen der Einzelnen als wesentliche Grundlage der Interessen der Gesammtheit anzuerkennen und je zahlreicher in Folge dieser Erkenntniß die Einzelnkräfte für die Interessen der Gesammtheit bei Wahlen und auf dem Gebiete der Selbstverwaltung in Bewegung gesetzt werden, um so zahlreicher müssen die Fälle werden, in welchen diese idealen Interessen der Einzelnen zu subjektiven Rechten gesteigert werden. Diese Potenzirung der idealen Interessen zu subjektiven Rechten ändert daran Nichts, daß neben ihnen nicht ausnahmslos, aber in der Regel ebensosehr eine rechtlich erzwingbare Pflicht besteht, dem subjektiven Rechte die subjektive Pflicht korrespondirt. In treffender Weise hat dies der von Bluntschli erstattete Bericht der Kommission der badischen ersten Kammer, betreffend den Entwurf über die Organisation der inneren Verwaltung hervorgehoben. „Das Verwaltungsrecht, als ein Theil des öffentlichen, insbesondere des Staatsrechtes und das Privatrecht sind zwei so verschiedene Rechtsordnungen, daß dieselben bei höherer Ausbildung auch eine eigenthümliche Organisation der entsprechenden Rechtspflege bedürfen. Alles Verwaltungsrecht ist lediglich vom Staate abgeleitet und bleibt abhängig vom Staat. Es kann nie ganz losgetrennt werden von der Entwickelung des Staatslebens, denn es existirt nur durch den Staat, in dem Staat und mit dem Staat. Diese staatliche Natur muß daher fortwährend beachtet werden, auch wenn öffentliche Rechte den einzelnen Bürgern gleichsam anvertraut sind oder zustehen. Auch Bürgerrechte, die Stimmrechte, die Wählbarkeit der einzelnen Personen, gehören doch niemals wie Eigenthum oder wie Familienrechte dem Individuum ausschließlich an, sondern finden ihre Grundlage, ihre Bestimmung und ihre Beschränkung immer nur in der Organisation des Staates und in der Bezugnahme auf die öffentliche Wohlfahrt. Die Privatrechte dagegen kommen der Privatperson für sich zu, im Gegensatz gegen alle Welt, im Gegensatz auch

gegen den Staat. Das öffentliche Recht ist zugleich Pflicht, das Privatrecht ist gewöhnlich nur Befugniß, nicht auch Pflicht."

Nur als ein Fehlschluß bedenklicher Art kann es ebendeßhalb bezeichnet werden, wenn Pfizer (a. a. O. S. 15) aus der von Niemand zu bestreitenden Thatsache, daß die öffentlichen Interessen des Einzelnen zugleich öffentliche Pflichten sein können, und in der Regel sind, folgern will, daß sie nicht zu subjektiven Rechten gesteigert werden können. Es muß hierauf besonders hingewiesen werden, da Pfizer hiemit das Hauptargument gegen die hier vertretene Auffassung der Administrativjustiz konstruirt zu haben glaubt. Pfizer zieht seinen Schluß aus dem Vordersatze, daß zum Wesen des Individualrechtes wie die Erzwingbarkeit, so die Verzichtbarkeit gehöre, und daß das sog. öffentliche Recht nichts Anderes als eine öffentliche Pflicht sei, ihm mithin das wesentliche Moment des Individualrechtes fehle.[20] Diese Sätze sind nicht einmal für das Privatrecht unbedingt richtig. Das elterliche Recht der Erziehung ist unzweifelhaft ein Recht, es ist aber ebensogut eine Pflicht in dem allgemeinen Sinn, in welchem Pfizer das Wort „Pflicht" nimmt, in welchem z. B. dem Rechte, zu wählen, die Pflicht zu wählen, korrespondirt. Der wirklichen Rechtspflicht sodann steht dem Begriff nach an sich immer ein Recht gegenüber. Der Einzelne kann ferner unter allen Umständen, auch wenn er vermöge eines andern Gesetzes verpflichtet ist, vermöge desselben oder vermöge eines andern Gesetzes auch berechtigt sein, und inso-

[20] Wie diese ausschließliche Betonung der Pflicht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes mit der oben erörterten ganz richtigen Ausführung des Verfassers, daß der Administrativrichter nur von dem in seinen Interessen verletzten Klageberechtigten angerufen werden kann, im Einklang steht, hat der Verfasser freilich nicht gezeigt. Wenn man natürlich einen Begriff des subjektiven Rechtes voraussetzt, der schlechthin nur für die Privatrechte paßt, so ist der Schluß hieraus, daß es keine öffentlichen subjektiven Rechte gebe, sehr einfach, nur ist die Prämisse falsch.

weit als sein Recht in Frage steht, greift auch die Verzichtbarkeit Platz, welche nur da ihre Grenze findet, wo die Pflicht beginnt. Mit dem Staatsbürgerrecht sind unzweifelhaft öffentliche Pflichten verbunden und insoweit, als sie gehen, ist selbstverständlich ein Verzicht des Verpflichteten unstatthaft, da eben das Wesen der Rechtspflicht ist, auch gegen sein Wollen gebunden zu sein. Die Regel aber ist, daß der Einzelne auf sein Staatsbürgerrecht ebenso, wie auf jedes andere Individualrecht verzichten kann. Nur durch die einmal begründete Wehrpflicht ist das Recht der Auswanderung beschränkt. Der Einzelne hat unzweifelhaft die öffentliche Pflicht, die gesetzlich begründete Steuer zu bezahlen. Wenn er aber die Steuer im Widerspruch mit dem Gesetze verweigert, so ist nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht, das Recht der Staats- oder Gemeindebehörde, Steuern zu erheben, verletzt. Sobald man den Begriff einer Rechtspflicht[21] des Einzelnen in das öffentliche Recht einführt, tritt ihm der Begriff des korrespondirenden Rechtes im subjektiven Sinne zur Seite. Wenn von den Einzelnen eine in dem Gesetze nicht begründete Steuer gefordert wird, so ist sein Vermögensrecht verletzt, da seine Pflicht nicht weiter geht, als das Gesetz.

[21] In einem anderen Sinne als der Rechtspflicht, im Sinne der sittlichen Pflicht, der Pflicht, welche sich nicht in dem Kreise der Rechtsprechung bewegt, welche die Rechtsprechung gar nicht erreichen kann, auch wenn man sie „zur Wahrung des objektiven öffentlichen Rechtes“ ohne Beschränkung berufen wollte, hat der Reichskanzler Fürst Bismarck einmal die Bemerkung gemacht, man solle das Volk nicht nur an seine Rechte, sondern auch an seine Pflichten gegen den Staat erinnern. Wenn Pfizer an dieses geflügelte Wort sich erinnernd seine Abhandlung schließt: „die Bedingung, unter welcher das deutsche Volk die ihm nach seinen Anlagen zukommende hohe Stellung einnehmen kann, heißt: Pflichterfüllung. In hoc Signo!“ so kann man ihm hierin unbedingt zustimmen. Nur hat dieser Gedanke mit dem Gegenstand unserer Untersuchung Nichts zu thun, da man hiebei doch nur an diejenigen Pflichten denken kann, welche außerhalb des Rechtsgebotes stehen. Einer Mahnung, die Rechtspflichten zu erfüllen, bedarf es nicht, da sie erzwungen werden.

Wie er aber auf die Geltendmachung dieſes ſeines vermögensrechtlichen Intereſſes gegen eine im Geſetze nicht begründete Steuerforderung verzichten und die geforderte Steuer bezahlen kann, weil er hiedurch keine öffentliche Pflicht verletzt, ſo kann auch das öffentliche Organ, welches verfaſſungsmäßig den Staat oder die Gemeinde in der Handhabung der Steuergeſetze vertritt, auf dieſes Recht verzichten. Jede Steuerverminderung, jeder Steuernachlaß iſt ein Verzicht. Möglicherweiſe können, obwohl dieſer Verzicht auf Rechte vollkommen rechtsgiltig iſt, wiederum Pflichten, z. B. die Pflicht des Vormundes, nur geſetzlich begründete Steuern zu bezahlen oder die Amtspflicht verletzt werden, jedoch iſt klar, daß dies wieder eine ganz andere Frage iſt. Die unleugbare Wahrheit, daß das öffentliche Recht dem Einzelnen Pflichten auferlegt, welche das Privatrecht nicht kennt, und daß die öffentlichen Rechte zugleich unter den Geſichtspunkt der öffentlichen Pflichten geſtellt werden können, ſteht ſonach der Annahme öffentlicher Rechte im ſubjektiven Sinne nicht entgegen.

Wenn und ſoweit nun aber keine vermögensrechtlichen Intereſſen in Frage ſtehen, von welchen ſpäter die Rede ſein wird, ſoweit es ſich nur um ideale Intereſſen handelt, iſt allerdings ſowohl hiſtoriſch als begrifflich mit dem Daſein des Einzelnen im Staate nicht von ſelbſt die Erweiterung der rechtlichen Perſönlichkeit durch Potenzirung dieſer idealen Intereſſen zu ſubjektiven Rechten gegeben. Im Gegentheile wird aus den ſchon oben angeführten Gründen hier die Verletzung der ſubjektiven Intereſſen durch Nichtbeachtung des Geſetzes in der Regel nicht durch den Richterſpruch, ſondern durch die politiſchen Mittel der Verantwortlichkeit der Verwaltungsbehörden, deren Schlußſtein die Miniſterverantwortlichkeit iſt, die ſtändiſche Kontrole und die Anrufung der öffentlichen Meinung zu korrigiren ſein. Im Zweifel wird alſo zu verneinen ſein, daß die idealen Intereſſen des Einzelnen, welche durch Nichtbeachtung einer öffentlich rechtlichen Norm verletzt ſind, von dem Adminiſtrativrichter geſchützt werden

können, oder was daſſelbe iſt, zu ſubjektiven Rechten geſteigert ſind.

Eine weitere Beſtätigung wird die hier vertretene Grundauffaſſung bei der Erörterung der hierher gehörigen Beziehungen des Einzelnen zu dem öffentlichen Rechte finden, auf welche nunmehr überzugehen und wobei nur anzufügen iſt, daß dieſelbe auf vollſtändige Erſchöpfung dieſes Kreiſes der Individualintereſſen keinen Anſpruch macht.

1) Ziemlich allgemein beſtimmen die Verwaltungsgeſetze, daß die Verhandlungen der politiſchen Körperſchaften, auch der Gemeindevertretungen, öffentlich ſind. Wenn alſo die öffentliche Gewalt das Publikum von dieſen Verhandlungen ausſchließt, ohne daß ein im Geſetze vorgeſehener Grund der Ausſchließung zutrifft, ſo iſt das Geſetz verletzt und es wird nicht an Solchen fehlen, welche behaupten, hierdurch, ſelbſt wenn ſie niemals den Verhandlungen angewohnt haben, auch in ihren Intereſſen verletzt zu ſein. Gleichwohl wird Niemand für nöthig erachten, für dieſen Fall die Möglichkeit zu eröffnen, durch einen Richterſpruch die „Wahrung des Geſetzes" herbeizuführen.[22] Das Mittel der Abhilfe liegt in der Beſchwerde bei dem vorgeſetzten Miniſterium und wenn dies nicht für die Wahrung des Geſetzes eintritt, bei der Volksvertretung. Wenn aber auch dieſe Beſchwerde Nichts fruchtet, ſo bleibt eben das Geſetz unausgeführt, weil die Organe, welche zur Wahrung des im öffentlichen Intereſſe ausſchließlich gegebenen Geſetzes berufen ſind, unterlaſſen, das öffentliche Intereſſe zu wahren, bis daſſelbe ſo ſtark und dringend wird, daß ſie zur Anwendung des Geſetzes zurückkommen.

2) Was die Theilnahme an der Benützung öffentlicher Unterrichts- und Bildungsanſtalten betrifft, ſo tritt hiebei

---

[22] Wer ſoll klageberechtigt ſein? Soll jeder Einzelne für ſich das Klagerecht haben, oder eine beſtimmte Anzahl, oder vielleicht nur der Zeitungskorreſpondent, der ſein ſpezielles Intereſſe dadurch begründet, daß ihm hierdurch ein Theil ſeines Verdienſtes entzogen wird?

die vermögensrechtliche Seite direkt nur in der Form der Zulassung zu öffentlichen Stipendien und Stiftungen (staatliche Seminare, Staatsunterstützungen ꝛc. ꝛc.) hervor. Außer diesem Falle hat die Theilnahme an diesen Einrichtungen unmittelbar nur als Möglichkeit des späteren Erwerbes ein vermögensrechtliches Interesse, sie ist daher auch nicht unter dem Gesichtspunkte des Vermögensinteresses zu beurtheilen. Hierbei ist es ganz selbstverständlich und allseitig anerkannt, daß wo Gesetz oder Verordnung diese Theilnahme von einem Fähigkeitsnachweis abhängig machen, die zur Entscheidung über die Führung dieses Nachweises berufenen öffentlichen Organe (Prüfungskommissionen, Lehrerkonvente) ausschließlich und endgiltig hierüber zu entscheiden haben. Eine Anfechtung dieses Urtheils im Administrativrechtswege ist undenkbar. Ebenso wird es keiner Begründung bedürfen, daß keine Beschwerden über disciplinäre Maßregeln, selbst wenn sie bis zum Ausschlusse aus der Bildungsanstalt gehen, vor den Verwaltungsrichter gebracht werden können. Zwar bestimmt der §. 18 des organischen Statuts für die Universität Tübingen vom 18. Januar 1829 [23], daß „gegen eine von dem akademischen Senat ausgesprochene Relegationsstrafe dem Angeschuldigten der Rekurs an den K. Geh.-Rath unter Beobachtung der im Gesetze vom 26. Juni 1821 vorgezeichneten Formen offensteht, im Falle das Erkenntniß der Genehmigung des Ministerium des Innern unterstellt worden ist." Allein diese Bestimmung ist wohl als durch den §. 11 der Revision dieses Statuts vom 18. April 1831 aufgehoben zu betrachten, welcher nur von einem Rekurs an das Ministerium des Innern spricht. Jedenfalls handelt es sich hierbei nur um den Rekurs gegen ein außergerichtliches Straferkenntniß, welcher unter §. 60 Z. 2 der Verf.-Urk., nicht Z. 1 zu stellen ist.

Sofern nun weder der Ausschluß wegen mangelnden Nach-

[23] Rbl. v. 1819 S. 26.

weises des erforderlichen Befähigungszeugnisses noch eine disciplinäre Maßregel in Frage steht, liegt es nahe, die Zulassung zu einer öffentlichen Lehr- oder Bildungsanstalt als ein Recht der Einzelnen aufzufassen, gegen dessen Verletzung unter Nichtachtung bestehender gesetzlicher Vorschriften eine Klage bei dem Verwaltungsrichter zuläßig wäre. Allein es ist mir keine württembergische Gesetzesbestimmung bekannt, welche ein derartiges Recht zu begründen geeignet wäre. Es liegt auch ein praktisches Bedürfniß zur Gewährung eines solchen Rechtes aus dem Grunde nicht vor, weil es in dem eigenen Interesse der Leitung dieser Anstalten liegt, Niemand von der Theilnahme an denselben auszuschließen, wenn nicht der Ausschluß durch das Interesse der Anstalt selbst geboten ist und weil die Kognition hierüber im Interesse der Anstalten selbst deren Leitern zu überlassen ist. Zwar bestimmt der §. 29 der Verf.-Urk.: „Jeder hat das Recht, seinen Stand und sein Gewerbe nach eigener Neigung zu wählen und sich dazu im In- und Auslande auszubilden." Allein diese Verfassungsbestimmung wahrt nur die Freiheit des Staatsbürgers von einer staatlichen Beschränkung in der Wahl seines Berufes und Bildungsganges. Ein Recht auf die Benützung der einzelnen öffentlichen Bildungsanstalten ist hiemit offenbar nicht gesetzlich ausgesprochen. Würde man das letztere annehmen, so müßte beispielsweise die Frage, ob Frauen zum Studium auf der Universität zuzulassen seien, als durch die Verfassung im bejahenden Sinne entschieden bezeichnet und jedenfalls im Falle der Nichtzulassung die Entscheidung hierüber als zur Kompetenz des K. Geheimenrathes als oberster Administrativjustizbehörde gehörig anerkannt werden, während es keiner Ausführung bedarf, daß hierüber endgiltig nur die zur Wahrung der Universitätsinteressen selbst berufenen öffentlichen Organe entscheiden können. —

Eine selbstverständliche Folge dieser rechtlichen Ansicht, daß die Frage der Zulassung zur Benützung einer öffentlichen Unterrichts- und Bildungsanstalt nicht an den Verwaltungs-

richter gebracht werden kann, ist es, daß auch dessen Zuständigkeit zur Entscheidung über die Frage der Zulassung zu einer die Theilnahme an derselben bedingenden öffentlichen Prüfung zu verneinen ist.

3) Das öffentliche Amt,[24] in welchem sich die idealen und vermögensrechtlichen Interessen eines sehr namhaften Theils der Staatsbürger concentriren, ist durch die Gesetzgebung hinsichtlich der Bedingungen seiner Uebertragung und Entziehung, wie hinsichtlich der mit denselben verbundenen Befugnisse und Pflichten geregelt.

Auch bei diesem Theile der Gesetzgebung des öffentlichen Rechtes zeigt es sich sofort, zu welchen unhaltbaren Konsequenzen die Ansicht führen müßte, nach welcher die Aufgabe der Verwaltungsrechtspflege die Wahrung des öffentlichen Rechtes im objektiven Sinne sein soll. Beispielsweise werden nach §. 43 der württembergischen Verfassung die Staatsdiener, die Kollegialvorstände ausgenommen, auf Vorschläge der vorgesetzten Kollegien vom Könige ernannt. Angenommen nun den Fall, daß eine Ernennung ohne vorangegangenen Kollegialvorschlag erfolgen würde, so würde unzweifelhaft eine Verletzung der Verfassung vorliegen, für welche der kontrasignirende Minister den Stän-

---

[24] Unter dem öffentlichen Amt verstehe ich hier Amt im weitesten Sinn, jede Berufung zur Thätigkeit im öffentlichen Interesse, auch den Gemeindedienst, Schöffen-, Geschworenendienst und die parlamentarische Thätigkeit. Die Unterschiede zwischen Staats- und Gemeindedienst, höherem und niederem Staatsdienst, Berufung durch Anstellung oder Auswahl, besoldetem oder unbesoldetem Dienst, lebenslänglich und widerruflich übertragenem Amt haben bei der hier zu erörtenden Frage nur bezüglich der Entlassung oder Zurücksetzung im Wege des Disciplinarverfahrens, der Pensionirung und Quiescirung ihre Bedeutung, was sich der Natur der Sache nach von selbst ergibt und keiner besondern Erörterung bedarf, da keine Darstellung der Verhältnisse des öffentlichen Dienstes gegeben werden soll. Nur auf die Grundsätze über die Wahlen und die Uebertragung durch Wahl ist hier keine Rücksicht genommen; dieselben sind unter Z. 4 besonders erörtert.

den und dem Lande verantwortlich wäre. Zugleich aber wäre dieß eine offenbare Geſetzesverletzung und es müßte nach jener Theorie gegen dieſen Eingriff der vollziehenden Gewalt der Verwaltungsrichter angerufen werden können. Hiedurch würde nicht nur die konſtitutionelle Lehre von der Verantwortlichkeit der Verwaltung untergraben, ſondern es wäre auch ſchlechterdings nicht abzuſehen, wie der Verwaltungsrichter hier das Geſetz wahren ſoll. Vollends unerfindlich wäre, wer in einem ſolchen Falle als klageberechtigt vor dem Verwaltungsrichter anzuerkennen ſein würde; ſollten die Amtsuntergebenen oder die Amtskonkurrenten oder das umgangene Kollegium klageberechtigt ſein? Nach §. 44 der württembergiſchen Verfaſſungsurkunde kann ferner Niemand ein Staatsamt erhalten, ohne zuvor geſetzmäßig geprüft und für tüchtig erkannt zu ſein. Dem Wortlaute nach gilt dieſe Verfaſſundsbeſtimmung ausnahmslos, alſo auch für die Miniſterſtellen, obwohl ſie thatſächlich anders ausgelegt wurde und unzweifelhaft, wie auch v. Mohl [25] annimmt, nicht wörtlich anzuwenden iſt. Wäre aber der Adminiſtrativrichter zur Wahrung des objektiven Rechts berufen, ſo müßte ein Urtheil desſelben über den wirklichen Sinn dieſer Verfaſſungsbeſtimmung herbeigeführt werden können, wovon allerdings eine Rechtsverwirrung ohne ihres Gleichen die nächſte Folge ſein könnte.

Wenn man ſolche Konſequenzen einer Theorie unbedingt verwerfen muß, ſo beweist dieß eben die Unrichtigkeit der Theorie ſelbſt, zugleich aber die Richtigkeit des Grundſatzes, daß die Verwaltungsrechtſprechung nur da eintritt, wo der öffentlichen Gewalt durch die geſetzliche Anerkennung ſubjektiver Rechte, durch die im Geſetz enthaltene Potenzirung der Individualintereſſen zu rechtlich geſchützten Intereſſen Schranken gezogen ſind. Nicht unbedingt, jedoch in einem gewiſſen beſchränkten Umfange, trifft dieß auch bei den Verhältniſſen des öffentlichen Amtes zu, indem abgeſehen von

[25] Württ. Staatsrecht Bd. II, S. 97, Note 2.

den vermögensrechtlichen Wirkungen der Anstellung und der Amtsentziehung, worüber der Civilrichter [26] zu entscheiden hat, ein Recht der Mehrzahl der öffentlichen Diener auf das übertragene Amt *insofern* anerkannt ist, als eine Entsetzung, Entlassung oder Versetzung auf eine geringere Stelle nicht auf dem einfachen Verwaltungswege, sondern nur durch ein geordnetes Disciplinarverfahren, und zwar bei den ein Richteramt bekleidenden Staatsdienern nur durch richterliches Erkenntniß, bei den übrigen Staatsdienern i. e. S. nur auf den Antrag [27] oder durch die Entscheidung der Disciplinarbehörden [28] erfolgen kann.

---

[26] In Württemberg hat zur Zeit noch, soweit es sich um Vermögensansprüche des öffentlichen Dieners handelt, der Geheime-Rath als oberste Verwaltungsjustizbehörde zu entscheiden. II. Beitrag, Bd. XV. S. 49—55.

[27] Nach Württ. Recht durch königliche Verfügung auf den Antrag der vorgesetzten Behörde und des Geheimen Raths nach vorgängiger gutächtlicher Einvernahme der obersten Justizstelle §. 47 der Verf.-Urkunde. Vgl. von Mohl, Württ. Staatsrecht II.

[28] Für Preußen, vergl. von Roenne, Preuß. Staatsrecht II a. S. 438; für die Reichsbeamten §. 75 u. f. des Reichs-Ges. betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 R.-G.-Bl. v. 1873 S. 75. Genauer betrachtet sind auch die Bestimmungen über Entlassung im Disciplinarwege, was nicht immer beachtet wird, insofern mehr ein Schutz des öffentlichen Interesses, als des Rechtes auf das Amt, als hier das *freie Ermessen* einer wenn gleich besonders berufenen Behörde mit der Wirkung, auch für die vermögensrechtlichen Ansprüche präjudiziell zu sein, über den Verlust des Rechtes entscheidet. Das Recht auf das Amt ist im Wesentlichen doch nur ein Recht auf die hiemit verbundenen Vermögensbezüge, welches nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen, deren Eine auch die Entlassung oder Zurücksetzung durch Spruch der Disziplinarbehörde ist, aufgehoben oder geschmälert werden kann. Das Individualinteresse des öffentlichen Dieners ist durch die Garantie seines Rechtes auf die Vermögensbezüge vollkommen gewahrt und weiter zu gehen, auch noch ein selbständiges Recht auf gewisse Funktionen im Staate als Individualrecht anzuerkennen, fordert das öffentliche Interesse nicht, widerspricht ihm sogar. Soweit den Schutz nach dieser Seite das öffentliche Interesse fordert, gewährt ihn die Ministerverantwortlichkeit und die ständische Kontrole.

Im Uebrigen aber ist die Ausführung und Wahrung der gesetzlichen Vorschriften über Anstellung, Versetzung, Entlassung und Verwendung der öffentlichen Diener, so wichtig sie für das Staatsleben unzweifelhaft sind, in keinem Staate richterlichen Behörden übertragen. Auch wenn es sich de lege ferenda handelt, muß man sich für die freie Bewegung der Verwaltung im öffentlichen Interesse unter Ausschließung einer Beschränkung derselben durch Anerkennung subjektiver Rechte, soweit nicht Vermögensrechte in Frage stehen, entscheiden. Auch wenn hiedurch Individualinteressen verletzt werden, muß es der Verwaltung freistehen, einem Beamten ohne Verlust an Gehalt und Rang unter Ersatz der Umzugskosten eine veränderte amtliche Aufgabe zuzuweisen, ihm andere Funktionen zu übertragen, ihn auf eine andere Stelle zu versetzen, im Falle der Aufhebung der Stelle ihn zu quiesciren, ihn wegen körperlicher oder geistiger Untüchtigkeit zu pensioniren. Wenn Streit über dienstliche Befugnisse und Dienstpflichten, über die Grenzen der Amtsbefugnisse, über Coordination und Subordination, über die Geschäftsvertheilung und die Art der Verwendung, über Urlaubsverweigerung und die Verweigerung der Heirathserlaubniß entsteht, so eignet sich doch keiner dieser Gegenstände zum Austrag durch den Richter, weil die Gesetze die Ordnung des öffentlichen Dienstes nach diesen Beziehungen theils ganz der Verwaltung anheim geben, theils soweit sie Vorschriften hierüber enthalten, diese nicht in Anerkennung berechtigter Individualinteressen, sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse gegeben sind [29]. Selbst in dem Falle,

[29] Doch liegt immerhin noch ein spezieller Schutz für die Individualinteressen der öffentlichen Diener in diesen Fragen in den Grundsätzen über das Disciplinarverfahren. Behauptet z. B. ein öffentlicher Diener mit einer Dienstpflicht gegen das Gesetz oder die Verordnung oder gegen eine ihm bei Anstellung gemachte Zusage (Dienstvertrag) durch eine dienstliche Verfügung belastet zu sein, so kann er derselben passiven Widerstand entgegensetzen, welchen das

wenn die Verwaltung ohne Beachtung der Vorschriften über die Entfernung vom Amte, z. B. über Quiescirung oder Pensionirung diese verfügen würde, müßte der Beamte zum Schutze seines Rechtes auf das Amt, welches eben nur in der oben bezeichneten und beschränkten Weise anerkannt ist, auf einen andern Weg als den der Klage bei dem Administrativrichter zur Beseitigung dieser Verwaltungsmaßregel verwiesen werden. Er würde selbstverständlich seine vermögensrechtlichen Ansprüche aus der Anstellung gerichtlich[30] unter Berufung auf die Gesetzwidrigkeit der getroffenen Verfügung verfolgen können. Außerdem aber würde ihm nur die Verwaltungsbeschwerde und schließlich die Beschwerde bei den Ständen wegen Verfassungsverletzung offen stehen.

Ob die vorstehenden Grundsätze durchaus der bisherigen Praxis des K. Geheimen Raths entsprechen, ist mir nicht ganz unzweifelhaft. Allerdings hat der Geheime-Rath die Beschwerde eines Gerichtsaktuars wegen Verweigerung eines dreimonatlichen Urlaubs durch Beschluß vom 10. Februar 1838 als „unstatthaft abgewiesen", indem die Versagung des Urlaubs keine rechtliche Beschwerde habe begründen können, weil überhaupt auf „Urlaubsbewilligung kein Diener einen Rechtsanspruch habe"[31]. Dagegen hat

---

Disciplinarverfahren gegen ihn nöthig macht und so gelangt die Frage vor die Disciplinarbehörden zum Austrage. Unabhängig hievon eine Klage bei dem Verwaltungsgericht einzuräumen, fehlt es daher auch vom Standpunkt der Interessen des Dieners selbst aus an einem thatsächlichen Bedürfniß. Außerdem, wenn sein Vermögensinteresse berührt ist, hat er unter diesem Gesichtspunkt den gerichtlichen Schutz. Daß für die Richterstellen zur Wahrung der Unabhängigkeit der Rechtsprechung ein weitergehender Schutz gegenüber der Aufsichtsbehörde, als für die übrigen Beamten, auch bezüglich der Versetzung und Verwendung gefordert werden muß, will hiemit selbstverständlich nicht in Abrede gezogen werden. Allein auch die hierauf bezüglichen Gesetze sind nicht durch den Verwaltungsrichter zu wahren.

[30] In Württemberg zur Zeit noch bei dem Geheimen-Rathe.

[31] An diesem Grundsatze hat an sich das Gesetz vom 30. Mai

der Geheime-Rath, abgesehen von denjenigen Beschwerden, welche sich auf die Behauptung vermögensrechtlicher Nachtheile einer im Widerspruch mit öffentlichrechtlichen Normen stehenden Ministerialverfügung stützten, und für welche daher der Geheime-Rath zur Zeit und bis zur Verweisung solcher Ansprüche an den Civilrichter auch nach vorstehender Ausführung unzweifelhaft zur materiellen Prüfung zuständig ist, in mehreren Fällen, in welchen sich Beamte durch Ministerialverfügungen über ihre amtlichen Befugnisse und Pflichten für beschwert erachtet haben, die Beschwerde nicht als unstatthaft zurückgewiesen, sondern materiell geprüft.

Auf die Beschwerde des Direktors eines Gerichtskollegium, daß ihm im Widerspruch mit dem Inhalt einer Kgl. Verordnung durch Ministerialverfügung das Recht der Aktenaustheilung und Ernennung der Referenten abgesprochen und die Verbindlichkeit, Referate zu übernehmen, auferlegt worden sei, hat der Geheime-Rath durch Beschluß vom 3. Mai 1820 den Rekurrenten in sachlicher Begründung und unter Prüfung des Inhalts ergangener Dienstinstruktionen „mit seinem grundlosen Rekurse abgewiesen". Ohne Widerspruch zu erfahren, hatte der Referent in seinem Vortrage ausgeführt, daß es „auf Auslegung und Anwendung eines öffentlichen Gesetzes ankomme, desjenigen nemlich, wodurch die Kollegialverfassung bestimmt werde und daß hierüber die höchste Behörde des Departements zu entscheiden habe, gegen deren Entscheidung der Rekurs an den Geheimen Rath stattfinde." Ebenso hat der Geheime-Rath eine ähnliche Beschwerde durch Beschluß vom 26. Okt. 1854 „als unbegründet verworfen." Diese Beschwerde war allerdings auf die Behauptung gestützt, daß durch Gesetz und nicht durch eine bloße Dienstinstruktion das Recht der Aktendistribution und Referentenbestellung

---

1858, betr. die Einführung von Gerichtsferien, wohl kaum Etwas geändert.

dem Inhaber der betreffenden Stelle eingeräumt worden sei und diese Vorfrage wurde von dem Geheimen-Rath verneint. In gleicher Weise wurde die Beschwerde eines Beamten gegen eine Ministerialverfügung, durch welche ihm die beanspruchte Theilnahme an den Sitzungen eines Kollegium abgesprochen worden war, durch Beschluß des Geheimen-Rathes vom 23. März 1850 als „nicht begründet abgewiesen", da zufolge einer eingehenden sachlichen Ausführung über den Inhalt der bestehenden Vorschriften und Anstellungsbedingungen der Rekurrent nicht als „in einem ihm zustehenden Rechte verletzt angesehen werden könne." Auch die Beschwerde eines öffentlichen Dieners wegen Verweigernng der Heirathserlaubniß wurde durch Entscheidung des Geheimen-Rathes vom 20. Juni 1832 „abgewiesen, da die ökonomischen Verhältnisse des Rekurrenten von der Beschaffenheit seien, daß die Verweigerung der Heirathserlaubniß nach §. 9 des Gesetzes über die Verhältnisse der Civilstaatsdiener vom 28. Juni 1821 nicht für unzuläßig erkannt werden könne."

Ein Fall, in welchem eine derartige Beschwerde von dem Geheimen Rath für begründet erkannt worden wäre, ist mir jedoch nicht bekannt geworden und es lassen sich daher die angeführten Geheimen-Rathsentscheidungen sachlich mit der oben von mir vertretenen Ansicht insofern wohl vereinigen, als in den erwähnten Fällen stets die Verletzung einer gesetzlichen Befugniß (eines subjektiven Rechtes) behauptet war, der Geheime Rath aber die Behauptung eines von dem Gesetze verliehenen subjektiven Rechtes verneint hat, wobei allerdings jedes Bedenken ausgeschlossen wäre, wenn die neuerdings für diese Fälle festgehaltene Formel, daß der Beschwerdeführer nicht als in einem ihm zustehenden Rechte verletzt erachtet werden könne, wie in der angeführten Entscheidung vom 23. März 1850, gewählt worden wäre.

Immerhin wird daran festzuhalten sein, daß im Zweifel auch durch dienstliche Vorschriften, sei es in einem Ge-

ſetze oder im Wege der Verordnung oder der Miniſterialverfügung, nur die Wahrung des dienſtlichen Geſammtintereſſes, nicht individueller Intereſſen der einzelnen öffentlichen Diener beabſichtigt iſt und daß daher eine im Widerſpruch mit jenen ſtehende Verfügung der Aufſichtsbehörde nicht zu einer ſog. Rechtsbeſchwerde, d. h. zur Verfolgung der angeblichen Intereſſenverletzung bei dem Verwaltungsrichter ſich eignet. Ein Zweifel hierüber iſt außer in Württemberg, wo die Inſtitution des Geheimen-Raths in ſeiner Funktion als entſcheidende Behörde nicht immer als ausſchließliche oberſte Inſtanz für Verwaltungsrechtſprechung angeſehen wurde[32], kaum denkbar. Um ſo entſchiedener muß die Nothwendigkeit einer konſequenten Ausſcheidung ſolcher Beſchwerden von den Gegenſtänden der Adminiſtrativrechtſprechung für die Zeit der Erſetzung des Geheimen-Raths als entſcheidende Behörde durch einen oberſten Verwaltungsgerichtshof betont werden.

Die oben entwickelten Grundſätze finden auch bezüglich der amtlichen Thätigkeit der Gemeindebehörden und der Berufung des Einzelnen zum Geſchwornendienſt und Schöffenamte Anwendung, worüber noch Einiges zu bemerken iſt.

a) Die Autonomie der Gemeinde als ein von dem Staate zu achtendes Recht[33] der Gemeinde findet in den Amtsbefugniſſen der Gemeindebehörden und Gemeindebeamten ſeine Verwirklichung. Ein Eingriff der Staatsbehörde in dieſe Amtsbefugniß läßt ſich mithin als eine Verletzung des Grundſatzes der Autonomie auffaſſen, wenn das Geſetz nicht ausdrücklich hiezu ermächtigt und unter dieſem Geſichtspunkt könnte derſelbe als die Verletzung eines ſubjektiven Rechts dargeſtellt werden, welche zur Klage bei dem Ver-

---

[32] Vrgl. dieſes Archiv Bd. XIV. S. 189 Note 8.

[33] §. 3 des Verw.-Edikts von 1822 lautet: **Jede Gemeinde hat das Recht, alle auf dieſen Gemeindeverband ſich beziehenden Angelegenheiten zu beſorgen, ihr Gemeindevermögen ſelbſtſtändig zu verwalten und die Ortspolizei im Umfange des Ortes und ſeiner Markung nach den beſtehenden Geſetzen zu handhaben.**

waltungsrichter berechtigt. Man wird jedoch hier unterscheiden müssen, ob dieser Eingriff vermögensrechtliche Wirkungen hat oder nicht. Im ersten Falle ist die Zulässigkeit der Anrufung des Administrativjustizrichters unter dem unten zu erörternden Gesichtspunkt des richterlichen Schutzes der Vermögensrechte zu prüfen. Im zweiten Fall wird man die Zulässigkeit der Anrufung des Administrativrichters prinzipiell verneinen müssen. Da nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz, in dem es die Gemeindeautonomie anerkennt, hiemit der Gemeindevertretung und den Gemeindebeamten ein Recht auf die Unabhängigkeit von der allgemeinen Staatsaufsicht einräumen wollte und das Princip der Gemeindeautonomie durch die constitutionellen Einrichtungen der Ministerverantwortlichkeit und der ständischen Controle hinreichend gewahrt erscheint. Uebrigens werden solche Eingriffe in den meisten Fällen zugleich vermögensrechtliche Folgen haben. Hiemit zeigt sich das Princip der Gemeindeautonomie insofern als die Quelle von Administrativrechtsstreiten, als eine mit einem ungesetzlichen Eingriff[34] in die Gemeindeautonomie verbundene Verfügung zugleich für die Gemeinde oder die Einzelnen, welche einen Vermögensnachtheil erleiden, eine mit Nichtachtung des Gesetzes verbundene Verletzung der Vermögensrechte enthält, gegen welche nach dem unten zu erörternden Grundsatz der Schutz des Administrativrichters zugelassen werden muß. Wenn z. B. das Oberamt einen gesetzlich gefaßten Beschluß der Gemeindebehörde über die Antheilnahme an Gemeindenuzungen außer dem Falle der Schmälerung der Gemeindeeinkünfte (§. 65 lit. i. des Verw.-Ed.) abändern würde, so wird den hiedurch Benachtheiligten der Weg zum Administrativrichter offen stehn.

---

[34] Von einer solchen kann selbstverständlich dann keine Rede sein, wenn und soweit die Beschlüsse der Gemeindebehörde vermöge des Gesetzes der Genehmigung der Staatsbehörden bedürfen, also in Württemberg in den Fällen des §. 55 und §. 65 des Verw.-Ed.

Eine Auflage an die Gemeinde zu einem Vermögensaufwand gegen den Beschluß der Gemeindevertretung, welcher nicht in einer gesetzlichen Pflicht begründet ist, würde ebenso diese zur Klage bei dem Administrativrichter berechtigen, jedoch nicht wegen der Verletzung der Autonomie an sich, sondern wegen Verletzung des (subjektiven) Vermögensrechtes der Gemeinde unter Mißachtung des gesetzlichen Grundsatzes der Autonomie.

Uebrigens ist es wegen der Verschiedenheit der Gesetzgebung über die Gemeindeverhältnisse, insbesondere die Staatsaufsicht über die Gemeindeverwaltung, nicht möglich, diesen Gegenstand hier erschöpfend zu behandeln. Es wird genügen, den Grundsatz festgestellt zu haben[35].

b. Die württembergischen Gesetze über die Berufung zum Geschwornendienst und zum Schöffen-Amt sprechen aus, daß jeder Staatsbürger, sofern keiner der gesetzlichen Ausschließungs- oder Ablehnungsgründe zutrifft, zu diesem Ehren-Amt „berechtigt und verpflichtet" ist.[36] Soweit es sich um die Frage der Verpflichtung handelt, ist hierauf später zurückzukommen. Die gesetzlich ausgesprochene Berechtigung zu diesen Ehrenämtern stellt sich nicht als ein Recht auf die wirkliche Berufung hiezu, sondern nur als das Recht dar, in die für die Auswahl zu fertigenden Urlisten aufgenommen zu werden. Auch wegen einer Ver-

---

[35] Den negativen Theil dieses Grundsatzes erkennt auch das badische Gesetz vom 5. Okt. 1863 insofern an, als unter den dem Verwaltungsgericht zugewiesenen Gegenständen kein Fall ist, welcher außer dem Falle eines Vermögensinteresses unter den Gesichtspunkt der Verletzung der Gemeindeautonomie gestellt werden könnte. Das Gesetz geht aber in der Zulassung des Administrativrechtsweges nicht soweit, als man nach dem Obigen prinzipiell gehen kann, indem dasselbe von den hierher gehörigen Fällen nur Streitigkeiten über Bürgernutzungen unter den von dem Verwaltungsgericht zu entscheidenden Streitigkeiten aufzählt.

[36] Württ. Ges. über die Gerichtsverfassung vom 13. März 1868 Art. 36. Anhang zur Strafprozeßordnung vom 17. April 1868 Art. 1.

letzung dieser „Berechtigung“ ist jedoch keine Klage bei dem Administrativjustizrichter zuläßig. Vielmehr betrachtet das Gesetz die Aufstellung richtiger Urlisten so sehr als eine allgemeine Angelegenheit, daß wegen Unrichtigkeiten in denselben „jeder in der Gemeinde wohnende volljährige Staatsbürger“ binnen einer bestimmten Frist hiegegen bei der Gemeindebehörde Einsprache und bei dem Bezirksausschuß Beschwerde erheben kann. Es wäre hienach unzweifelhaft korrekter, auszusprechen, daß die zur Aufstellung der Urliste berufene Gemeindebehörde verpflichtet sei, jeden Staatsbürger, bei welchem kein gesetzlicher Ausschließungsgrund zutrifft, in die Urliste aufzunehmen, als zu sagen, daß jeder Staatsbürger zu diesen Ehrenämtern „berechtigt“ sei [37].

Auch im Leben wird das Recht, zu diesen Ehrenämtern berufen zu werden, mehr unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Last als des Rechts betrachtet, wenn auch die Mehrzahl der Berufenen dieselbe gewissenhaft und ohne Widerwillen übernimmt. Der Regel nach wird daher mehr die Frage, ob eine öffentliche Pflicht hiezu besteht, als die Berechtigung den Gegenstand der Beschwerde der Einzelnen bilden. Doch schließt dieß nicht aus, daß der Einzelne mindestens die Nichtanerkennung seiner persönlichen Befähigung, wenn er sich für gesetzlich befähigt erachtet, als eine Verletzung seiner Persönlichkeit betrachtet, gegen welche er richterlichen Schutz verlangt. Diesen Schutz gewährt auch demjenigen, dessen Fähigkeit zum Amte eines Schöffen oder Gerichtszeugen von dem Kreisgerichtshof verneint ist, der Art. 59 des

---

[37] Der Entwurf eines deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes bestimmt hierüber in korrekter Fassung: §. 19. Das Amt eines Schöffen ist ein Ehrenamt. Dasselbe kann nur von einem Deutschen versehen werden. §. 24. Der Vorsteher einer jeden Gemeinde — hat alljährlich ein Verzeichniß der in der Gemeinde wohnhaften Personen, welche zu dem Schöffenamt berufen werden können, aufzustellen (Urliste). Ebenso bezüglich der Geschworenen in §. 65 und §. 66.

württ. Ger.-Verf.-Geſ. vom 13. März 1868, indem hiegegen eine Beſchwerde an das Obertribunal zugelaſſen wird, welches hierüber im vollen Rathe zu erkennen hat. Ebenſo hat das Obertribunal im vollen Rath nach §. 32 der Verfügung des Juſtizminiſterium vom 20. Juli 1868, betr. die Bildung der Dienſtliſten der Geſchworenen, Schöffen und Gerichtszeugen über Einſprachen gegen die Gültigkeit der Wahl der (kaufmänniſchen) Schöffen bei den Civilkammern der k. Kreisgerichtshöfe zu erkennen. Näher hierauf an dieſem Orte einzugehen, liegt jedoch kein Grund vor, da wegen angeblicher Nichtbeachtung der über die Berufung zum Geſchwornen- und Schöffendienſt beſtehenden Geſetze keinenfalls die Verwaltungsgerichte angerufen werden können.

4) Die Geſetze, welche die Berufung Einzelner zu einer öffentlichen Thätigkeit durch Wahl regeln, haben die Aufgabe, das aktive und das paſſive Wahlrecht und die Formen der Wahl feſtzuſtellen, um ein dem öffentlichen Intereſſe entſprechendes Wahlergebniß, ſoweit dieß möglich iſt, ſicherzuſtellen. Das öffentliche Intereſſe an dem Wahlergebniß iſt, 1) daß daſſelbe als der wirkliche Ausdruck der Mehrheit derjenigen ſich darſtellt, deren Abſtimmung zu der öffentlichen Thätigkeit berufen ſoll, 2) daß keine Perſönlichkeit hiezu berufen werden kann, welche nicht die im öffentlichen Intereſſe erforderlichen Eigenſchaften beſitzt, die ſie nach dem Geſetze zu dieſer Thätigkeit befähigen, 3) daß weder das Ermeſſen der Verwaltungsbehörden, noch ungeſetzliche Einflüſſe Einzelner das Wahlergebniß beſtimmen. Es darf hiernach 1) Niemand von der aktiven Wahl ausgeſchloſſen werden, welchen das Geſetz hiezu beruft; 2) die Wähler dürfen nicht verhindert werden, denjenigen zu wählen, welcher die geſetzlichen Eigenſchaften hat; 3) es darf Niemand zur öffentlichen Thätigkeit berufen werden, welchen nicht das geſetzmäßig zu Stande gekommene Wahlergebniß beruft und es darf 4) ein ſolcher, auf welchen die geſetzmäßige Wahl ge-

fallen ist, von der Ausübung der öffentlichen Thätigkeit nicht ausgeschlossen werden. Jede Thatsache, welche mit diesen Forderungen im Widerspruch steht, verletzt nun aber nicht nur das öffentliche Interesse, sondern auch das Individualinteresse und man kann unbedenklich sagen, daß bei der Anwendung aller Wahlgesetze das öffentliche Interesse nur geschützt ist, wenn keines der bezeichneten Individualinteressen, soweit sie durch das Gesetz anerkannt sind, verletzt wird. Der Grundsatz der Wahl selbst ist auf das Interesse zurückzuführen, welches die Einzelnen als Wähler und Wahlfähige oder Gewählte an dem Wahlergebniß haben. Dieß gilt nicht allein von den Wahlen für die Besorgung der Angelegenheiten der Kreisverbände, der Gemeinde, der Schulräthe, der Handelskammern und der kirchlichen Genossenschaften, sondern auch bei den politischen Wahlen in die Reichsvertretung, die Landes- und Provinzialvertretung. Es liegt hiernach in dem Wesen der Wahlgesetze, daß sie insoweit als sie die Einzelninteressen berühren, dieselben als subjektive Rechte anerkennen, deren Schutz begrifflich der Rechtsprechung anheimfällt. Dieß hat längst seinen Ausdruck darin gefunden, daß man von dem aktiven und passiven Wahlrecht spricht. Das aktive Wahlrecht ist das Recht des Einzelnen, (mithin subjektives Recht) zu wählen und schließt mittelbar in sich das Recht, keinen andern als berufen zur Ausübung der öffentlichen Thätigkeit anzuerkennen, als denjenigen, welcher durch eine gesetzmäßige Wahl hiezu berufen ist. Das passive Wahlrecht ist das Recht des Einzelnen, wenn er durch das gesetzmäßige Wahlergebniß hiezu berufen wird, die öffentliche Thätigkeit auszuüben [38].

---

[38] In keiner Weise trifft Pfizer (a. a. O. S. 17) das Wesen der Sache, wenn er gegen die Behauptung, daß das aktive und passive Wahlrecht ein subjektives Recht sei, geltend macht, daß kein Verzicht auf das Wahlrecht statthaft sei. Auch wo dieß zutrifft, ändert es daran Nichts, daß der Wähler oder Gewählte, wenn er an der Ausübung seines Rechts im Widerspruch mit dem Gesetze gehindert

Dieſe durch die Wahlgeſetze anerkannten idealen Intereſſen der Einzelnen ſind nun vor Allem von der öffentlichen Gewalt, von den Verwaltungsorganen des Staats, deren Aufgabe die Vollziehung der Wahlgeſetze iſt, zu ſchützen. Verletzungen durch Einzelne ſind durch dieſe Verwaltungsorgane, die Wahlbehörden und die Polizei zu verhindern und wo dieſer Schutz nicht wirkſam iſt, tritt die Repreſſion durch den Strafrichter[39] ein. Durch die in

---

wird, in einem Rechte verletzt iſt. Das paſſive Wahlrecht äußert ſich allerdings erſt dann, wenn der Wahlfähige wirklich gewählt iſt, als Recht. Wenn ferner Pfizer gegen die Annahme eines ſubjektiven Rechts auf Ausübung des aktiven Wahlrechts einwendet, daß im Falle des unrechtmäßigen Ausſchlußes eines Wahlberechtigten die Wahl nur dann caſſirt werde, wenn dieſe Stimme von Einfluß auf die Wahl geweſen wäre, ſo überſieht er vollſtändig, daß die Geltendmachung des Wahlrechts, auch wenn eine vollzogene Wahl unberührt bleibt, für die Wahlberechtigten für künftige Wahlen noch von Bedeutung iſt und daß zudem die meiſten Wahlgeſetze für die Möglichkeit der Wahrung des Wahlrechts vor der Wahl Vorſorge treffen. Ebenſo beruht es auf einer zu engen Auffaſſung des Wahlrechts, wenn Pfizer anführt, durch eine nichtige Wahl werde das Recht des Wählers nicht verletzt und doch ſei dieſem die Anfechtungsklage gegeben. Gerade daraus, daß das Intereſſe, welches jeder Wähler an einer geſetzmäßigen Wahl hat, durch ſein Klagerecht gerichtlichen Schutz erlangt, erkennt das Geſetz ein ſubjektives Recht jedes berufenen Wählers auf die Geſetzmäßigkeit der Wahl an. Würde die Anſicht Pfizers richtig ſein, daß Gegenſtand der Verwaltungsrechtspflege der Schutz des Geſetzes, des öffentlichen Rechts im objektiven Sinne ſei, ſo müßte Jedem, auch demjenigen, der kein Wahlrecht hat, die Anfechtung einer angeblich ungiltigen Wahl zuſtehn. Doch ſagt Pfizer ſelbſt ſpäter (S. 23), daß z. B. „bei Wahlanfechtungen regelmäßig als „klagberechtigt" nur die Angehörigen des Wahlkreiſes zugelaſſen werden." Dieſe haben alſo doch wohl ein beſonderes Recht und ſuchen den Schutz ihres Intereſſes an der Wahl durch Richterſpruch vermöge dieſes beſondern (ſubjektiven) Rechts.

[39] Deutſches Strafgeſetzbuch §. 105. Wer es unternimmt, den Senat oder die Bürgerſchaft einer der freien Hanſeſtädte, eine geſetzgebende Verſammlung des Reiches oder eines Bundesſtaats zu ſprengen, zur Faſſung oder Unterlaſſung von Beſchlüßen zu nöthigen oder Mitglieder aus ihnen gewaltſam zu entfernen, wird mit

Anwendung des Strafgesetzes erkannte Strafe wird jedoch das verletzte Recht des Wählers oder Gewählten nicht wiederhergestellt, bezw. zur Anerkennung gebracht. Der Schutz dieser Rechte ist begrifflich Gegenstand der Verwaltungsrechtsprechung und es wäre principiell vollkommen begründet, die Entscheidung über das aktive und passive Wahlrecht des Einzelnen, sowie über die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Wahl zu allen oben bezeichneten öffentlichen Funktionen den Gerichten des öffentlichen Rechtes zu übertragen. Als klageberechtigt müßte betrachtet werden 1) der Wähler, welcher behauptet, nach dem Gesetz wahlberechtigt zu sein, während ihm die zur Feststellung der Listen oder

---

Zuchthaus nicht unter 5 Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. §. 106. Wer ein Mitglied einer der vorbezeichneten Versammlungen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung verhindert, sich an den Ort der Versammlung zu begeben oder zu stimmen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. §. 107. Wer einen Deutschen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung verhindert, in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte zu wählen oder zu stimmen, wird mit Gefängniß nicht unter sechs Monaten oder mit Festungshaft bis zu fünf Jahren bestraft. §. 108. Wer in einer öffentlichen Angelegenheit mit der Sammlung von Wahl- oder Stimmzetteln oder -Zeichen oder mit der Führung der Beurkundungsverhandlung beauftragt, ein unrichtiges Ergebniß der Wahlhandlung vorsätzlich herbeiführt oder das Ergebniß verfälscht, wird mit Gefängniß von Einer Woche bis zu 3 Jahren bestraft. Wird die Handlung von Jemand begangen, welcher nicht mit der Sammlung der Zettel oder Zeichen oder einer andern Verrichtung bei dem Wahlgeschäft beauftragt ist, so tritt Gefängnißstrafe bis zu 2 Jahren ein. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. §. 109. Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird mit Gefängniß von Einem Monat bis zu 2 Jahren bestraft, auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. §. 339. Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben Jemanden zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nöthigt, wird mit Gefängniß bestraft.

die zur Leitung der Wahlhandlung berufene Behörde das Wahlrecht bestreitet. 2) Jeder Wähler, welcher behauptet, daß ein unrichtiges Wahlergebniß von der öffentlichen Gewalt gezogen worden sei, sei es weil die Wahl nichtig oder das Abstimmungsresultat unrichtig festgestellt oder ein Unfähiger auf Grund der Wahl berufen sei. 3) Derjenige, welcher behauptet, nach dem Gesetze giltig gewählt zu sein, während ein Anderer als gewählt von der öffentlichen Gewalt bezeichnet oder der Wahlakt von derselben als ungültig erklärt worden ist.

Wenn bei sämmtlichen sog. politischen Wahlen, bei den Wahlen in den Reichstag und die gesetzgebenden Versammlungen der Einzelstaaten diese Konsequenz der Wahlgesetze nicht gezogen und die Prüfung der Legitimation ihrer Mitglieder diesen politischen Versammlungen zur souveränen Entscheidung überlassen ist, so erklärt sich dieß aus politischen Erwägungen, welchen nicht jede Berechtigung zu bestreiten ist. Es handelt sich hiebei nicht nur um die Prüfung der formellen Gesetzmäßigkeit, sondern auch um Vorgänge, welche sich der Greifbarkeit durch eine richterliche Prüfung mehr oder weniger entziehen. Vom Standpunkt des staatlichen Idealismus aus muß man verlangen, daß die politischen Wahlen nicht nur durchaus dem Gesetze gemäß erfolgen, sondern auch frei von Beeinflußungen durch fremde Motive, der reine und unverfälschte Ausdruck des individuellen Vertrauens des einzelnen Wählers seien. Zum Wächter der Wahlfreiheit nach dieser Seite eignet sich nun aber allerdings eine richterliche Behörde weniger, als eine politische Versammlung, welche für ihre Entscheidung keine Motive zu geben hat und nach ihrem durch keine andere Schranke, als das öffentliche Gewissen beengten freien Ermessen urtheilt. Vom Standpunkte des alten Liberalismus aus war dieses Recht der Legitimationsprüfung durch die gesetzgebenden Körper ohnehin schon aus dem Grunde ein selbstverständliches Axiom der politischen Freiheit, weil man sich die Volksvertretung stets als den ausschließlichen

Wächter der Volksrechte gegen eine herrschende Regierung und ihre sämmtlichen Organe, die Gerichte mit eingeschlossen, dachte und somit dieses Recht seine ganze Spitze gegen die Beeinflußung der Wahlen durch das Beamtenthum kehrte. Auf der andern Seite ist nicht in Abrede zu ziehen, daß der Gebrauch, welchen die zufällig wechselnden Majoritäten von diesem Rechte machen können und die Art und Weise, wie die Legitimationsfragen von den parlamentarischen Körperschaften nach der Natur der Sache behandelt werden müssen, nicht die wünschenswerthen Garantieen für die Wahrung des gleichen Rechts für Alle, vor Allem für die durchaus objektive und parteilose Anwendung des Gesetzes bietet, wie sie vom Standpunkte des Rechtsstaats aus gefordert werden muß. So ist z. B. auch die Behandlung der Legitimationsfragen nach der Geschäftsordnung des Reichstags neuestens von R. v. Mohl [40] als eine ganz „irrationale" stark angegriffen worden. Allein gleichwohl verwirft v. Mohl den Gedanken, die Wahlprüfungen an ein Gericht (eine besondere Behörde) zu verweisen, bedingungslos. In Wahrheit darf man auch, da bei politischen Wahlen die Individualinteressen in ganz anderer Weise als bei den übrigen Wahlen unter den Gesichtspunkt des öffentlichen Gesammtinteresses zu stellen sind, den Mangel eines wirklichen Rechtsschutzes für die Ersteren bei der Berufung der politischen Körperschaften zur Wahlprüfung nicht allzuhoch anschlagen. Das Bedürfniß einer Rechtsprechung auf diesem Gebiete würde

[40] Kritische Bemerkungen über die Wahlen zum deutschen Reichstag. Tübingen 1874. Die Vorschläge, welche v. Mohl zur Beseitigung der Uebelstände macht, Forderung einer Caution bei Wahlanfechtungen, Vorberathung nur der angefochtenen Wahlen durch eine Kommission (nicht aller Wahlen durch die 7 durch das Loos aus sämmtlichen anwesenden Mitgliedern gewählten Abtheilungen) mit Vorbehalt der Endentscheidung durch das Plenum sind sehr beachtenswerth und haben in der letzten Session des Reichstags zu einem übrigens nicht mehr zur Verhandlung gekommenen Antrag auf Abänderung der Geschäftsordnung geführt.

dann erſt erkannt werden, wenn die wechſelnden Majoritäten in flagranter Weiſe durch Mißachtung geſetzlicher Vorſchriften die Minoritäten verletzen würden, wogegen ein gewiſſes politiſches Anſtandsgefühl immerhin den nöthigen Schutz gewährt.

Die Erwägungen, welche hiernach bei den politiſchen Wahlen für die Prüfung durch die politiſchen Körperſchaften ſelbſt ſprechen, treffen nun aber bei denjenigen Wahlen, durch welche die Einzelnen zur öffentlichen Thätigkeit in dem Kreisverband, der Gemeinde, der kirchlichen Genoſſenſchaften, der Schulverbände und als Vertreter des Handels- und Gewerbeſtandes berufen werden, nicht zu und es muß als eine Forderung des Rechtsſtaates bezeichnet werden, daß über alle Anſtände bei dieſen Wahlen durch die Intereſſenten eine richterliche Entſcheidung angerufen werden kann. Dieſe Forderung iſt jedoch auch von neueren Geſetzen nicht beachtet.

Man wird die Erklärung dieſer Thatſache nur darin finden können, daß man auch noch bei Erlaſſung dieſer neuen Geſetze den früher in der Form der Ernennung der Beſtätigung der Gewählten geübten Einfluß der Staatsgewalt nicht ganz aufgeben und da, wo das Wahlreſultat kein ganz unanfechtbares iſt, in der Form einer Entſcheidung im Verwaltungswege dieſen Einfluß der Verwaltung noch erhalten wollte. Es liegt hierin ein Reſt des Scheinkonſtitutionalismus, welchem in keiner Weiſe das Wort geredet werden kann. Erkennt das Geſetz an, daß die Wahl ohne ein Beſtätigungsrecht der Staatsgewalt für gewiſſe öffentliche Thätigkeiten beruft, ſo iſt es eine reine Rechtsfrage, ob und wer dem Geſetze gemäß gewählt iſt und die Verwaltung hat hiemit, ausgenommen vorläufige Maßnahmen, nichts mehr zu thun. Die öffentlichen Intereſſen des Staats und der Geſammtheit gegen eine Benachtheiligung durch unangemeſſene Wahlen ſind in dieſem Fall in dem Aufſichtsrecht der Staatsbehörden und der zweckmäßigen Regelung der beiderſeitigen Kompetenzen

durch das Gesetz, sowie in der Möglichkeit disciplinärer Maßregeln zu suchen. Die Verweisung dieser Streitigkeiten an die Verwaltungsbehörden ist das Ergebniß jener Halbheit, welche die ganze französische Institution der Administrativjustiz erzeugt und in Deutschland bis in die neueste Zeit die Theorie und Gesetzgebung beherrscht hat. Hievon hat sich auch die neuere badische und die württemb. Gesetzgebung nicht frei gemacht.

Nach dem badischen Gesetze vom 5. Oktober 1863 §. 6 Z. 8 entscheidet der Bezirksrath als Verwaltungsbehörde, nicht als Verwaltungsgericht erster Instanz über die angefochtene Gültigkeit von Gemeindn=, Bezirks= und Kreiswahlen. Der Rekurs geht also nicht an den Verwaltungsgerichtshof, sondern an das Ministerium (§. 97 der Vollzugsverordnung). Auch das Ministerium kann jedoch nicht nach Zweckmäßigkeitsgründen, sondern nur nach Rechtsgründen über die Wahlanfechtung entscheiden, was offenbar und dem Zwecke der Wahlgesetze zufolge Sache einer gerichtlichen und nicht Sache einer Verwaltungsbehörde ist. Ebensowenig können Anfechtungen anderer Wahlen nach dem badischen Gesetze an den Verwaltungsgerichtshof gebracht werden, sofern nicht, wovon dem Verfasser Nichts bekannt ist, von der im letzten Absatz des §. 15 des Gesetzes der Staatsregierung ertheilten Vollmacht, auch in anderen als den in §. 15 bezeichneten Fällen streitige Fragen des öffentlichen Rechts der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs zu unterstellen, bezüglich der Wahlen anderer Verbände Gebrauch gemacht ist.

Ebenso principlos ist der bestehende Rechtszustand in Württemberg [41]. Die Entscheidung über die Gültigkeit

[41] Die neue preußische Kreisordnung für die Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Schlesien und Sachsen enthält den großen legislativen Fortschritt, daß durch sie erstmals für Preußen zunächst in der ersten Instanz ein Organ der Rechtsprechung in Fragen des öffentlichen Rechts, das Verwaltungsgericht des Regierungsbezirks (§. 187 u. f.) konstituirt wurde. Durch den jetzt vorgelegten Ent=

von Wahlen in den Gemeinderath und Bürgerausschuß steht nach Art. 12 des Gesetzes vom 6. Juli 1849, betr. einige Abänderungen und Ergänzungen der Gemeindeordnung dem Oberamt zu vorbehältlich einer Beschwerde „an das dem Oberamt vorgesetzte Verwaltungskollegium", welches endgültig entscheidet. Dieses „Verwaltungskollegium" sind zur Zeit die 4 Kreisregierungen. Sofern nun die Kreisregierungen in Württemberg eine wirkliche Instanz in Verwaltungsrechtsstreitigkeiten bilden, könnte man in dieser Bestimmung eine Erfüllung der oben gestellten Forderung der Zuweisung von Wahlanständen an die Verwaltungsrechtsprechung finden. Dem ist jedoch in Wahrheit nicht so, da die Kreisregierungen zugleich Verwaltungsbehörden sind und ein Rekurs an den obersten Administrativgerichtshof, den Geheimen-Rath, ausgeschlossen ist. Ueber den Ausschluß von der aktiven Wahlberechtigung, durch welche sich ein Staatsbürger für beschwert erachtet, enthält sodann der Art. 9 die Bestimmung, daß derjenige, welcher nicht binnen der zur Anbringung von Einsprachen gegen die Wählerliste anberaumten Frist sein Wahlrecht geltend macht, für die betreffende Wahl sein Stimm-

---

wurf eines Gesetzes betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte wird die Kreisordnung ihre nothwendige Ergänzung erhalten. Ganz im Einklang mit der vorstehenden Ausführung ist dem Verwaltungsgericht die Entscheidung über Beschwerden wegen der Theilnahme am Stimmrecht und über die beanstandete Wahl der Kreistagsabgeordneten zugewiesen. (§. 135 IX. Nr. 11 und §. 113.) Die Entscheidung über eine angefochtene Wahl der Gemeindevorsteher und Schöffen ist wohl deßhalb nicht unter den Gegenständen der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht aufgeführt, weil die gewählten Gemeindevorsteher und Schöffen nach §. 26 der Bestätigung durch den Landrath bedürfen. Doch würde dieß die Entscheidung über eine angefochtene Wahl durch das Verwaltungsgericht nicht ausschließen (vergl. das im Text über die Vertretung der israelitischen Kirchengemeinden Gesagte). Bemerkenswerth ist immerhin auch für die württemb. Gesetzgebung, daß man in Preußen mit der Organisation der Verwaltungsrechtspflege in erster Instanz, nicht in der höchsten Instanz begonnen hat.

recht verliert. Dieſe Vorſchrift läßt ſich aus Gründen der Zweckmäßigkeit und auch principiell inſofern nicht beanſtanden, als die Verſäumung jener Friſt als ein Verzicht auf die Ausübung des Wahlrechts im einzelnen Fall aufgefaßt werden kann. Darüber aber, ob im Fall der rechtzeitigen Erhebung der Einſprache, d. h. der Geltendmachung des Wahlrechts eines in die Wählerliſte nicht Aufgenommenen, worüber „der Gemeinderath vor dem Schluſſe der Wahlhandlung Beſcheid zu geben hat", eine weitere Beſchwerde gegen die Abweiſung der Einſprache zuläßig m. a. W. ob eine Verfolgung des beanſtandeten Wahlrechts bei dem Verwaltungsrichter ſtatthaft iſt, enthält das Geſetz von 1849 keine Beſtimmung. Daß eine ſolche die Vornahme der Wahl nicht aufhalten könnte, iſt nach der Natur der Sache ſelbſtverſtändlich. Allein die Verfolgung des beanſtandeten aktiven Wahlrechts kann für künftige Wahlen für den in ſeinem Rechte angeblich Verletzten von Werth ſein und begrifflich müßte daher die geſtellte Frage bejaht werden. Es könnte hiegegen meines Erachtens die oben angeführte Beſtimmung des Art. 12 des Geſ. von 1849 nicht angeführt werden. Denn obwohl hiernach die Kreisregierung in dem Fall der Beanſtandung einer Wahl wegen Abgabe unberechtigter Stimmen oder wegen Ausſchluſſes berechtigter Wähler von Ausübung ihres Wahlrechts über die Wahlberechtigung endgiltig entſcheidet, bezieht ſich dieſe Entſcheidung nur auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer einzelnen Wahl und ſchließt eine anderweitige Feſtſtellung beſtrittener Wahlberechtigungen für künftige Fälle im Inſtanzenzug der mit der Verwaltungsrechtſprechung betrauten Behörden nicht aus.

Ueber die Verfolgung des aktiven und paſſiven Wahlrechts in die Ortsſchulbehörde enthält das Geſetz vom 25. Mai 1865, betr. die Abänderung einiger Beſtimmungen der Geſetze über die Volksſchulen keine ausdrückliche Vorſchrift, ſofern der Art. 17 unter denjenigen Beſtimmungen des Geſetzes vom 6. Juli 1849, welche analoge Anwen-

dung auf die Wahlen der Ortsschulräthe finden sollen, den Art. 12 und Art. 9 Abs. 4 nicht anführt. Ohne Bedenken wird man daher bezüglich dieses aktiven und passiven Wahlrechts anzuerkennen haben, daß sowohl die Anfechtung einer Wahl, als die Verfolgung eines angeblich im Widerspruch mit dem Gesetze beanstandeten aktiven und passiven Wahlrechts bei den verwaltungsgerichtlichen Behörden, in letzter Instanz bei dem Geheimen-Rathe statthaft ist, da das Gesetz ausdrücklich die Bedingungen der Berechtigung zur Wahl und der Wählbarkeit feststellt (Art. 17).

Anders dagegen ist diese Frage wiederum in dem Gesetze vom 4. Juli 1874, betr. die Errichtung von Handels- und Gewerbekammern entschieden. Hiernach sind Einsprachen gegen die Wählerlisten wegen Anfnahme unberechtigter Personen oder wegen Uebergehung berechtigter binnen 8 Tagen nach Auflegung der Wählerliste bei dem Oberamt anzubringen und die Handels- und Gewerbekammer hat hierüber „endgiltig" zu entscheiden (Art. 12). Ueber Einsprachen gegen die Wahlen, welche bei der Handels- und Gewerbekammer anzubringen sind, entscheidet nach Art. 19 das Ministerium des Innern „endgiltig."

Was die Wahlen zu öffentlichen Funktionen innerhalb der kirchlichen Genossenschaften betrifft, so sind hier nur die Wahlen in den Pfarrgemeinderath, die Bezirks- und Landessynode der protestantischen Kirche, sowie die Wahlen in die israelitischen Kirchenbehörden zu erwähnen, da das Verwaltungsedikt von 1822 die Besorgung der kirchlichen Gemeindeangelegenheiten, soweit sie das staatliche, insbesondere das vermögensrechtliche Gebiet berühren, den Stiftungsräthen, d. h. den Gemeinderäthen unter Zutritt der Ortsgeistlichen und Stiftungspfleger übertragen hat und die zuweilen vorkommende Wahl von besonderen Vertretungen kirchlicher Gemeinden gesetzlich nicht geregelt ist.

Da sich die Institutionen der Pfarrgemeinderäthe, der Bezirks- und Landessynoden der protestantischen Kirche zur Zeit durchaus auf dem innerkirchlichen Gebiete bewe-

gen, so ist es als ein Ausfluß der kirchlichen Autonomie zu rechtfertigen, daß die Entscheidung über Wahlanstände nach §. 14 der K. Verordnung vom 25. Januar 1851 in Betreff der Einführung von Pfarrgemeinderäthen in der evang. Landeskirche und §. 11 der K. Verordnung vom 20. December 1867, betr. die Einführung einer Landessynode in der evangelischen Kirche in Württemberg in letzter Instanz der Oberkirchenbehörde, bezw. der Landessynode zugewiesen und hiemit die Betretung des Verwaltungsrechtsweges ausgeschlossen ist.

Anders liegt die Sache wiederum bei der Vertretung der israelitischen Kirchengemeinde. Nach Art. 56 des Gesetzes vom 25. April 1828 in Betreff der öffentlichen Verhältnisse der israelitischen Glaubensgenossen soll bei jeder Gemeinde zur Ausübung der Kirchenzucht und zur Besorgung anderer die ganze Kirchengemeinde angehender Geschäfte ein Vorsteheramt bestehen, das neben dem Rabbiner und seinem Stellvertreter, dem Vorsänger, wenigstens drei Beisitzer zählt, die von der Gemeinde dem Oberamte „zur Bestätigung" angezeigt werden. Hier ist noch ein Bestätigungsrecht der Regierung festgehalten und man könnte daher die Wahl nur als den Weg zur Ausübung eines Präsentationsrechts betrachten, womit jede Rechtsverfolgung bei Wahlanständen ausgeschlossen wäre. Allein der §. 3 der K. Verordnung vom 27. Oktober 1831, welcher bestimmt, daß das Oberamt die gewählten Beisitzer zu bestätigen und im Anstandsfalle die Sache der israelitischen Oberkirchenbehörde zur Entscheidung zu übergeben hat, gibt dieser gesetzlichen Vorschrift die mit dem Wortlaut wohl vereinbare Auslegung, daß dieses Recht der Bestätigung als ein Prüfungsrecht der Wahl und als eine Feststellung des Wahlergebnisses aufzufassen ist.

Jedenfalls kann auf Grund einer für ungiltig erklärten Wahl das Oberamt einen Gewählten nicht bestätigen, wenn hiemit auch die Frage, ob, die giltige Wahl und Mehrheit vorausgesetzt, dem Gewählten gleichwohl die

Bestätigung versagt werden könnte, noch nicht entschieden ist. Würde die Versagung der Bestätigung auch eines giltig Gewählten zugelassen, so wäre allerdings eine Beschwerde desselben an den Geheimen-Rath gegen eine die Ungültigkeit der Wahl aussprechende Entscheidung der Verwaltungsinstanzen je nach Umständen ganz zwecklos, da hiedurch nicht ausgeschlossen wäre, daß im Falle der Gültigkeitserklärung der Wahl durch den Geheimen-Rath das Oberamt die Bestätigung gleichwohl verweigert. Ueber diese Frage ist mir eine Entscheidung des Geheimen-Raths nicht bekannt. Dagegen hat über die Beanstandung der Wahl selbst der Geheime-Rath in zwei Entscheidungen vom 31. März 1869 und vom 30. December 1870 materiell erkannt. In dem einen dieser Fälle hatten zwei Kandidaten die gleiche Stimmenzahl erhalten; der ältere derselben war an dem Orte der Wahl domicilirt, aber nicht heimathberechtigt, der jüngere war zur Zeit der Wahl schon Gemeindegenosse. Die Wahlkommission hatte das Wahlergebniß dem Oberamte mit dem Bemerken vorgelegt, daß nach Analogie der Vorschriften für bürgerliche Wahlen wohl der Aeltere in das Wahlkollegium einzutreten haben werde, wenn er das Gemeindebürgerrecht erwerbe, worauf das Oberamt demselben einen Termin von 14 Tagen zur Führung des Nachweises der Erwerbung des Gemeindebürgerrechts, wozu er sich erboten hatte, ertheilte. Hiegegen erhob der Jüngere der Gewählten Einsprache bei dem Oberamt und verlangte Vorlegung der Akten an die Oberkirchenbehörde unter Berufung auf §. 3 der obenangeführten K. Verordnung. Während der Verhandlungen hierüber hatte der Aeltere die Anzeige von der Erwerbung des Gemeindebürgerrechts gemacht und das Oberamt bestätigte auf Grund einer von der Oberkirchenbehörde ergangenen Entschließung nunmehr dessen Wahl. Auf erhobene Beschwerde des Jüngeren der Gewählten erkannte das Ministerium des Kirchen- und Schulwesens, daß die Wahl des Aelteren zum Kirchenvorsteher nicht als giltig zu Stande gekom-

men angesehen werden könne, indem die Bestätigung der Wahl des Beschwerdeführers selbst zunächst der Cognition des Oberamts, bezw. der israelitischen Oberkirchenbehörde überlassen wurde. Gegen diese Ministerialentscheidung erhob nun der zuerst von dem Oberamt Bestätigte Beschwerde bei dem Geheimen-Rathe, welcher am 31. März 1869 folgenden Beschluß faßte:

„In Betracht 1) daß nach Art. 56 des Gesetzes vom 25. April 1828 und dem in diesem Punkt mit dem §. 2 der K. Verordnung vom 27. Oktober 1831 gleichlautenden §. 1 der K. Verordnung vom 25. März 1851 das Wahlrecht und die Wählbarkeit zum israelitischen Kirchenvorsteheramte durch die Zugehörigkeit zu der betreffenden Kirchengemeinde bedingt erscheine;

2) daß zwar weder jenes Gesetz selbst noch diese Verordnungen die Frage, was dazu gehöre, um als Mitglied einer bestimmten israelitischen Kirchengemeinde gelten zu können, ausdrücklich entschieden haben, daß aber von jeher und insbesondere auch bei Erlassung der K. Verordnung vom 25. März 1851 als von dem Gesetze vorausgesetzt angenommen worden, daß die Kirchengenossenschaft eines Israeliten nicht nach dem Domicil, sondern nach dem bürgerlichen Heimathsrecht desselben sich bestimmen, daß mithin nach dem zur Zeit bestehenden Rechte als wählbar zum israelitischen Kirchenvorsteheramte nur solche Israeliten angesehen werden können, welche am Orte der betreffenden Kirchengemeinde das Bürgerrecht besitzen; in Betracht sodann 3) daß, wie in der Entschließung des K. Min. des Kirchen- und Schulwesens in überzeugender Weise ausgeführt worden, als entscheidend für das Vorhandensein der Wählbarkeit im einzelnen Falle der Zeitpunkt der Wahl selbst, nicht der Wahlbestätigung zu betrachten sei und daß in dieser Beziehung von einer analogen Anwendung der ohnedem längst außer Kraft getretenen Bestimmung des §. 6 Abs. 2 des Verw.-Edikts von 1822 überall nicht, so wenig, als von einer analogen Anwendung der Bestimmungen

des Art. 3 Abſ. 1 und 2 des Geſetzes vom 6. Juli 1849 die Rede ſein könne, in Betracht endlich 4) daß der Rekurrent zur Zeit der Vornahme der in Rede ſtehenden Wahl unbeſtritten im Beſitze des Bürgerrechts von H. ſich noch nicht befunden habe, daher auch noch nicht als Angehöriger der dortigen israelitiſchen Kirchengemeinde zu betrachten geweſen ſei — in dieſen Erwägungen werde die Beſchwerde des Rekurrenten — als rechtlich nicht begründet verworfen." In dem zweiten Falle hatte das Oberamt die Wahl eines vierten israelitiſchen Kirchenvorſtehers gleichfalls aus dem Grunde, weil der Gewählte zur Zeit der Wahl nicht im Beſitze des betreffenden Ortsbürgerrechts war, zuerſt beanſtandet, nachdem aber dieſe Erwerbung des Ortsbürgerrechts erfolgt war, auf Grund einer Entſchließung des Oberkirchenraths am 26. Februar 1867 beſtätigt. Nachdem die obenerwähnten Entſcheidungen des Kultminiſteriums und des Geheimen-Rathes ergangen waren, wurde jedoch bei der israelitiſchen Oberkirchenbehörde der Antrag auf Kaſſation der Wahl von einem von 9 Gemeindemitgliedern bevollmächtigten Rechtsanwalt geſtellt, worauf die Wahl durch Verfügung dieſer Behörde vom 11. April 1870 für ungültig erklärt wurde. Die hiegegen von dem Gewählten erhobene Beſchwerde wurde von dem K. Miniſterium des Kirchen- und Schulweſens durch Erlaß vom 23. Auguſt 1870 und die weitere Beſchwerde desſelben von dem Geheimen-Rath durch Beſchluß vom 20. December 1870 als rechtlich nicht begründet verworfen, wobei auf die frühere Entſcheidung verwieſen und noch weiter zu Begründung der Entſcheidung angeführt wurde, daß „die oberamtliche Beſtätigung einer Wahl eine gültige Wahl vorausſetze, mithin ihre rechtliche Wirkung mit der Ungültigkeitserklärung der Wahl in Folge eines Mangels in der Perſon des Gewählten von ſelbſt verliere, woran auch die Thatſache der auf der oberamtlichen Beſtätigung beruhenden Einführung in das Wahlamt und deſſen Ausübung Nichts zu ändern vermöge."

Die vorstehende Vergleichung der über Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs zur Wahrung aktiver und passiver Wahlrechte in Württemberg geltenden Bestimmungen dürfte das obige Urtheil, daß das dießfalls geltende Recht principlos sei, rechtfertigen und den Wunsch nahelegen, daß hierüber aus Anlaß des zu erwartenden Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege diese Frage nach einem einheitlichen Grundsatze bezüglich der nicht politischen Wahlen neu geregelt werde.

Schließlich ist noch der Vollständigkeit wegen bezüglich der zahlreichen Fälle, in welchen die Berufung zum öffentlichen Dienste durch Wahl bestimmter Kollegien erfolgt, wie bei der Anstellung der verschiedenen Gemeindebeamten durch die Gemeinderäthe, der Beamten und Hülfsbeamten der Amtskorporationen durch die Amtsversammlung, eine Bemerkung anzufügen. In diesen Fällen ist die Wahl nur die Form, in welcher der Majoritätsbeschluß der Kollegien bezüglich der Anstellung eines öffentlichen Dieners erfolgt und es finden daher auf diese Wahlen, in welchen die einzelnen Mitglieder der Kollegien nicht als Einzelne, sondern vermöge ihrer amtlichen Eigenschaft ihre Stimme abgeben, die oben unter 3 entwickelten Grundsätze über die Ausübung amtlicher Befugnisse und die Anstellung öffentlicher Diener Anwendung. Soweit aber einem einzelnen Kandidaten für ein solches Amt, welches stets ein besoldetes Amt ist, angeblich im Widerspruch mit dem Gesetze die Fähigkeit zur Bekleidung desselben bestritten wird, ist es ein vermögensrechtliches Interesse, welches in Frage steht und daher die Frage, in wie weit dasselbe eines Schutzes durch die Verwaltungsrechtsprechung fähig ist, nicht hier zu erörtern.

5) Die nach der württ. Verf.-Urk. von 1819 vermöge ihresAmts in die 2. Kammer berufenen Personen, die sechs protestantischen Generalsuperintendenten, der Landesbischof, der älteste katholische Dekan und der Kanzler der Landesuniversität, ebenso die Mitglieder der ersten Kammer haben

sich nach §. 159 der Verf.-Urk. durch Vorlegung des Einberufungsschreibens zu legitimiren. Diese Einberufungsschreiben ergehen durch das Ministerium des Innern. Es könnte daher die Frage entstehen, ob in dem Fall, wenn das Einberufungsschreiben an eine Person, welche nach der Verfassungsurkunde vermöge ihres Amtes zum Sitz in der zweiten Kammer, oder als Mitglied der ersten Kammer berechtigt zu sein behauptet, unterbleibt, dieses ihr angebliches Recht bei dem Verwaltungsrichter verfolgen kann. Man wird diese Frage verneinen müssen, da nach §. 160 der Verf.-Urk. die Erledigung der Legitimationen der betreffenden Kammer zusteht. Unterbleibt daher die Einberufung im Widerspruch mit dem Gesetze, so ist es Sache der betreffenden Kammer, an welche sich deßhalb der angeblich Berufene zu wenden hat, hierüber Beschluß zu fassen und dieselbe wird auch ohne die Vorlegung des Einberufungsschreibens die Theilnahme eines der bezeichneten Mitglieder an ihren Geschäften beschließen können, wenn sie dieselbe als verfassungsmäßig begründet erkennt. Meines Erachtens kann hiernach die unterlassene Einberufung zur Ständeversammlung nicht zum Gegenstande einer Rechtsbeschwerde gemacht werden.

6) Die Frage, ob einem Einzelnen und einer Familie die Eigenschaft des hohen oder niedern Adels zukomme, ist unzweifelhaft, sofern es sich nicht ausschließlich um die Geltendmachung der durch Geburt und Abstammung begründeten Familienrechte und die hiemit verbundenen Successionsrechte handelt, für welche der Civilrichter zuständig ist, eine Frage des öffentlichen Rechts. Gleichwohl muß man Anstand nehmen, die etwaigen Streitigkeiten hierüber als einen Gegenstand der Verwaltungsrechtsprechung zu bezeichnen. Schon der Umstand steht der ausnahmslosen Zuweisung solcher Streitigkeiten an den Verwaltungsrichter im Wege, daß der Besitz namentlich des hohen Adels in zahlreiche politische und privatrechtliche Verhältnisse eingreift, für welche die Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht

maßgebend sein kann. So könnte, wenn über die Successionsfähigkeit nach den Familienstatuten, über Ebenbürtigkeit und Mißheirath mit deren Folgen ein Streit entsteht, der Civilrichter, welcher hierüber zu entscheiden hat, nicht als an das Urtheil des Verwaltungsrichters gebunden erachtet werden. Noch weniger würde z. B., wo die politische Successionsfähigkeit in die Regierung eines deutschen Staates durch die Abstammung aus einer ebenbürtigen Ehe bedingt ist, die Entscheidung dieser Frage nach dem Urtheile eines Verwaltungsgerichtshofes denkbar sein. Ebenso kann ferner über das Recht der Landstandschaft, welche durch die Eigenschaft des hohen Adels bedingt ist, im Streitfalle nur durch die zur Legitimation ihrer Mitglieder nach §. 160 der Verf.-Urk. berufene erste Kammer entschieden werden. Hiebei sind auch die Interessen des Standes selbst in hohem Grade mitbetheiligt, wie z. B. in der Wahlkapitulation des Kaisers Karl VII. von 1742, in deren Art. XXII. §. 1 das kaiserliche Reservatrecht der Standeserhöhung anerkannt wurde, dieses Interesse durch die Beschränkung zur Geltung kam, „daß er nicht denen aus unstreitig notorischer Mißheirath eines Standes des Reiches oder aus solchem Hause entsprossenen Herrn zur Verkleinerung des Hauses die väterlichen Titel, Ehren und Würden beilegen, viel weniger dieselben zum Nachtheil der wahren Erbfolger und ohne derselben besondere Einwilligung für ebenbürtig und successionsfähig erklären werde."

Die Feststellung der Eigenschaft des hohen Adels ist hienach entweder Sache der Civilrechtsprechung, sofern sie für privatrechtliche Ansprüche präjudiziell ist, oder Sache der höchsten politischen Gewalten des Staats, wobei die Frage, welche höchste politische Instanz hiefür nach der Auflösung des deutschen Bundes an die Stelle des früheren Bundestags getreten ist, hier dahingestellt bleiben kann. Was von dem hohen Adel gilt, findet auch auf den niedern Adel insofern Anwendung, als die Anerkennung des Rechts zu Führung eines Adelsprädikats wie Ausübung der hiemit

verbundenen Rechte ſtets als ein Gegenſtand der Verfügung der höchſten politiſchen Auktorität des Staats, als ein politiſcher Akt angeſehen und behandelt wurde, an welchen wohl auch der Strafrichter bei Anwendung der Strafandrohung für den unbefugten Gebrauch von Adelsprädikaten in §. 360 des deutſchen Strafgeſetzbuchs gebunden iſt. Insbeſondere findet dieß, was die Zugehörigkeit zu dem ritterſchaftlichen Adel in Württemberg betrifft, in der Verfaſſung von 1819 ſeine volle Beſtätigung, obwohl die betreffenden Beſtimmungen, §§. 39 und 40, niemals zur vollen Ausführung kamen. Denn wenn in dem angeführten §. 40 geſagt iſt, daß die Aufnahme in eine der für jeden der 4 Kreiſe zu bildenden Körperſchaften des ritterſchaftlichen Adels des Königreichs „von ihrer Zuſtimmung und der Genehmigung des Königes" abhängt, ſo iſt hiemit jedenfalls die Entſcheidung eines über die Zugehörigkeit zu dieſen Körperſchaften entſtandenen Streits durch das Verwaltungsgericht verfaßungsmäßig unbedingt ausgeſchloſſen.

Man kann zugeben, daß bei dieſem Zuſtande die zur Zeit noch vorhandenen ſubjektiven Rechte einzelner Familien und Staatsbürger auf eine bevorzugte Stellung im Staate nicht in dem Maaße, wie andere öffentliche Rechte der Staatsbürger gewahrt ſind und daß vom Standpunkte der Theorie aus eine Regelung auch dieſes Theils des öffentlichen Rechts wünſchenswerth erſcheint. Allein nach dem Ausgeführten kann hieraus eine Zuſtändigkeit der Verwaltungsgerichte zum richterlichen Schutz derſelben nicht gefolgert werden.

Doch iſt wenigſtens nach den in Württemberg geltenden Grundſätzen in einer beſchränkten Weiſe die Möglichkeit gegeben, zum Schutze der bezeichneten Rechte den Geheimen-Rath als höchſte Adminiſtrativjuſtizbehörde anzurufen. Zufolge der königlichen, durch Bekanntmachung des Miniſt. des Innern vom 15. Jan. 1818[42] veröffentlichten Anord-

[42] Rbl. von 1818 S. 42 u. f.

nung ist über den gesammten Adel des Königreiches eine die Real- und Personalverhältnisse enthaltende Matrikel errichtet worden, welche durch die bei dem Ministerium des Innern bestehende Commission für die Adelsmatrikel fortgeführt wird. In dieser Bekanntmachung sind die sachlichen und persönlichen Bedingungen der Aufnahme bezeichnet und die hiernach zu beurtheilende Aufnahme in die Adelsmatrikel bildet zur Zeit noch die Grundlage für die Ausübung der ständischen Rechte, insbesondere die Wahl- und Wählbarkeitsrechte des ritterschaftlichen Adels. Sofern nun eine Familie oder ein Einzelner sich durch eine über die Führung dieser Matrikel ergangene Ministerialverfügung für verletzt in seinen Interessen im Widerspruch mit den bestehenden Vorschriften, insbesondere dem Inhalte jener Bekanntmachung selbst erachtet, steht ihm unzweifelhaft nach den allgemeinen Grundsätzen eine Rechtsbeschwerde an den Geheimen-Rath zu, wie auch derselbe über eine solche Beschwerde durch Beschluß vom 5. Nov. 1870 sachlich entschieden hat[43].

7) Die Genossenschaftsrechte der Einzelnen in der Gemeinde und dem Staate, das Gemeinde- und das Staatsbürgerrecht, sind die Bedingungen zahlreicher öffentlicher Rechte und Pflichten, ohne sich jedoch in diese einzelnen Rechte und Pflichten in dem Maaße auflösen zu lassen, daß sie ohne dieselben inhalts- oder werthlos wären. Sie haben als ideale subjektive Rechte für sich und ganz unabhängig von ihren Folgen, von den mit ihnen verbundenen Rechten und Pflichten, einen Werth für den Einzelnen, den idealen Werth der Genossenschaftszugehörigkeit. Sie sind auch von der Gesetzgebung des öffentlichen Rechts als besondere Rechte der Einzelnen anerkannt und bezüglich der Bedingungen ihres Erwerbs und Verlustes genau geregelt. Daß sie die Bedingung zahlreicher öffentlich rechtlicher Be-

[43] Die Entscheidung ist mitgetheilt in diesem Archiv Bd. XIV. S. 267 u. f.

fugniſſe ſind, daß mit ihnen ebenſo die wichtigſten öffentlichrechtlichen Pflichten verbunden, und ſie ſomit auch auf die Vermögensintereſſen der Einzelnen von weſentlichem Einfluß ſind, ſteigert zwar das Einzelintereſſe an denſelben, ändert aber daran Nichts, daß ſie für ſich allein und ohne daß Eine der bezeichneten Befugniſſe oder Pflichten ſpeziell in Frage ſtände, zum Gegenſtande der richterlichen Entſcheidung gemacht werden können. Es folgt hieraus die Forderung, daß Jeder Einzelne ein Gemeindebürgerrecht und Staatsbürgerrecht, welches er zu beſitzen behauptet, gegen eine Verwaltungsverfügung, welche ihm daſſelbe aberkannt hat, bei dem Verwaltungsgerichte verfolgen kann.

Nach dem badiſchen Geſetze vom 5. Okt. 1853 §. 5 Z. 1 entſcheidet der Bezirksrath über den Anſpruch auf das Heimathsrecht und das Ortsbürgerrecht und deren geſetzliche Folgen in erſter Inſtanz, der Verwaltungsgerichtshof nach §. 15 als Rekursbehörde in zweiter Inſtanz und als Gericht erſter Inſtanz ohne Rekurs über den ſtreitigen Anſpruch auf das badiſche Staatsbürgerrecht. Ebenſo iſt in Württemberg in Anwendung des §. 60 Z. 1 der Verf.-Urk. von 1819 von jeher der Grundſatz anerkannt geweſen, daß ein Streit über Gemeinde- und Staatsbürgerrecht in letzter Inſtanz von dem Geheimen-Rath als höchſter Verwaltungsjuſtizbehörde zu entſcheiden iſt und hierin hat auch der Eintritt Württembergs in das Reich und die Reichsgeſetzgebung an ſich Nichts geändert. Im Einzelnen jedoch ſind durch die Beſtimmungen der Reichsverfaſſung über das Bundesindigenat und die zu deren Ausführung erlaſſenen Reichs-Geſetze[44], die Kompetenzverhältniſſe in der Verwaltungsrechtſprechung vielfach und weſentlich geändert. Dieſe Aenderungen laſſen ſich nur im Zuſammenhang mit dem

[44] Geſetz über Freizügigkeit vom 1. November 1867, über die Aufhebung der polizeilichen Beſchränkungen der Eheſchließungen vom 4. Mai 1868, über die Erwerbung und den Verluſt der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 und über den Unterſtützungswohnſitz vom 6. Juni 1870.

Inhalte der betreffenden Gesetze selbst darstellen und obwohl hiebei auch unmittelbare vermögensrechtliche Interessen in Frage stehn, welche später behandelt werden sollen, so mag es doch der enge Zusammenhang, in welchem diese Grundsätze untereinander stehn, rechtfertigen, wenn auf dieselben, soweit es unumgänglich nöthig ist, schon hier Bezug genommen wird.

Bis zum Eintritte Württembergs in das Reich[45] galt in Gemäßheit des §. 62 der Verf.-Urk. von 1819 (seit 1849 auch für die bisher exemten standesherrlichen und ritterschaftlichen Familien) der Grundsatz, daß jeder württ. Staatsbürger einer Gemeinde angehören muß, wie umgekehrt nach den zu Ausführung dieser Verfassungsbestimmung erlassenen Bürgerrechtsgesetzen vom 15. April 1828 und 4. December 1833 nur der württ. Staatsbürger fähig war, ein Gemeindebürger- (oder Beisitz-) Recht im Lande zu besitzen. Das Gemeindebürger- oder Heimathrecht gewährte die Befugniß

1) in der Gemeinde sich häuslich niederzulassen und ein Gewerbe zu betreiben,

2) im Falle der Dürftigkeit den Anspruch auf Unterstützung aus den örtlichen Gemeinde- oder Stiftungskassen,

3) die Berechtigung zur Theilnahme an den Gemeindenutzungen,

4) die gemeinde- und staatsbürgerlichen Wahlrechte.

Die mit dem Gemeindebürgerrecht verbundenen Pflichten sind

1) die Pflicht zur Leistung der persönlichen Dienste der ortsanwesenden Bürger für die Gemeinde (Gemeindefrohnen) oder der entsprechenden Geldauflage, sofern keiner der besonderen gesetzlichen Befreiungsgründe zutrifft,

2) die Pflicht zur Uebernahme einer Stelle im Ge-

[45] Eine klare und kurze Uebersicht über das württ. Recht bis 1871 gibt Ober-Reg. Bäzner, Handbuch der neuen Gesetzgebung über die öffentliche Armenpflege nach deutschem und württ. Recht in der Einleitung S. XVII. bis XIX.

meinderath oder Bürgerausſchuß, ſofern kein geſetzlicher Befreiungsgrund vorliegt,

3) beim Eintritt in das aktive Bürgerrecht die Pflicht zur Leiſtung der etwa durch Gemeindebeſchlüſſe feſtgeſtellten Beiträge zu den örtlichen Feuerlöſchgeräthſchaften und zu der Bepflanzung der Allmand,

4) die Pflicht zur Entrichtung der Bürgerſteuer, wo eine ſolche eingeführt iſt, doch im Falle der Ortsabweſenheit nur der Hälfte derſelben (Rekognitionsgeld).

Zur Durchführung der erwähnten Verfaſſungsbeſtimmung war in dem Bürgerrechtsgeſetz beſtimmt, daß ein Staatsbürger, ehe er ein Gemeindebürger- (oder Beiſitz-) Recht beſitzt, 1) ſich nicht verehelichen, 2) kein öffentliches Amt übernehmen, 3) kein Gewerbe auf eigene Rechnung oder mit eigenem Haushalt treiben, 4) noch überhaupt einen ſelbſtſtändigen Wohnſitz nehmen kann. (Art. 5 des B.R.G. von 1833.)

Auch demjenigen, welcher ein Gemeindebürgerrecht beſitzt, konnte jedoch der Aufenthalt in einer Gemeinde, in welcher er nicht heimathberechtigt war, wegen ſchlechten Prädikats oder aus andern polizeilichen Gründen (wegen Bettelns oder Inanſpruchnahme fremder Unterſtützung, wegen Nichtzahlung rückſtändiger Steuern) verſagt werden. (Art. 11 u. f. des B.R.G. von 1833.)

Eine Folge dieſer Grundſätze war

1) die Nothwendigkeit, die Staatsbürger gegen willkührliche Verweigerung der Aufnahme in das Gemeindebürgerrecht von Seiten der Gemeindebehörden zu ſchützen, um nicht die freie Wahl des Wohnſitzes in unerträglicher Weiſe beſchränken zu laſſen. Unter gewiſſen thatſächlichen Vorausſetzungen hat daher jeder Staatsbürger und ſelbſt der Ausländer ein Recht darauf, die Aufnahme als Bürger in die von ihm gewählte Gemeinde zu verlangen. (Art. 18 bis 22 des B.R.G. von 1833.)

2) Insbeſondere mußte dieſes Recht denjenigen, welche ein Gemeindebürgerrecht beſaßen (den Heimathloſen), ein-

geräumt werden. Dieſe Zutheilung zu einer beſtimmten Gemeinde findet auch ohne das Vorhandenſein der zur freiwilligen Aufnahme vorausgeſetzten Bedingungen auf Antrag oder, wenn es ſich entweder von der Ausmittlung eines Aufenthaltsorts oder von der nothdürftigen Unterſtützung eines Staatsgenoſſen handelt, von Amtswegen ſtatt. (Art. 33—35) [46].

[46] In dieſen Fällen hat der Einzelne ein ſubjektives Recht auf das Bürgerrecht in einer beſtimmten Gemeinde, welches nur durch die Verwaltungsverfügung realiſirt wird und daher, wo die Verwaltung dieſe Verfügung verweigert, durch den Ausſpruch des Verwaltungsgerichts (in höchſter Inſtanz des Geheimen Raths) zuerkannt werden kann. Es gibt auch im Privatrecht rechtliche Anſprüche auf Erwerbung eines weiteren Rechts, wie beiſpielsweiſe alle auf Eigenthumsübertragung gerichteten Obligationen, durch welche nicht Eigenthum erworben, ſondern ein Anſpruch auf Vornahme derjenigen Handlung, durch welche Eigenthum übertragen wird, der Tradition begründet iſt. Ein ähnliches Verhältniß beſteht nach der Württ. Bauordnung. Der Eigenthümer hat die freie Verfügung über ſein Grundeigenthum, mithin auch das Recht, auf demſelben zu bauen; allein die Realiſirung dieſes Rechts iſt bedingt durch die polizeiliche Erlaubniß, d. h. den Ausſpruch der Verwaltungsbehörde, daß kein geſetzliches Hinderniß entgegenſteht. Wenn alſo der Eigenthümer die Verweigerung dieſes Ausſpruchs als ungeſetzlich betrachtet und deßhalb Beſchwerde erhebt, ſo verfolgt er ſein ſubjektives Recht, das Eigenthum, indem er behauptet, in demſelben durch ein geſetzwidriges Verhalten verletzt zu ſein. Dieß habe ich in meinem früheren Beitrage, dieſes Archiv Bd. XIV. S. 193 ausgeführt und wenn ich am Schluße der Ausführung der Kürze halber den Ausdruck gebrauchte: „das Geſetz erkennt ein Recht des Eigenthümers auf Ertheilung der polizeilichen Erlaubniß“ an, ſo kann wohl Niemand, welcher dieſe Aeußerung im Zuſammenhang mit dem Vorangehenden lieſt, hierin die „Konſtruktion eines ſubjektiven Rechts auf Erlaubniß zu einer Handlung, welche dem Eigenthümer als ſolchem ipso jure zuſteht“, finden, wie Pfizer a. a. O. S. 32, welcher hiezu bemerkt, daß ich von meinem Standpunkte aus „zu der unglücklichen Konſtruktion eines ſubjektiven Rechts auf Erlaubniß gedrängt worden ſei.“ Wenn allerdings die von Pfizer a. a. O. aufgeſtellte Anſicht, „daß der Staat (alſo die Verwaltungsorgane deſſelben) im öffentlichen Intereſſe jeden Bau zu verbieten berechtigt ſei,“ Geſetzeskraft erhielte, ſo würde jeder Rechtſprechung auf dieſem Gebiete der Boden entzo-

3) Eine Folge dieſer Grundſätze, namentlich bezüglich der Armenunterſtützung war endlich die Beſchränkung der Verehlichungsbefugniß nicht allein durch die Bedingung des Beſitzes eines Gemeindebürgerrechts, ſondern auch des Nachweiſes eines geſicherten Nahrungsſtandes.

Mit wenigen Ausnahmen konnte nun jeder Einzelne und ebenſo jede hiebei vermögensrechtlich betheiligte Gemeinde, ſofern ſie ſich in einem der bezeichneten Intereſſen im Widerſpruch mit dem Geſetze durch eine Verwaltungsmaßregel für verletzt erachtet, und ihre Beſchwerde nicht durch das Miniſterium des Innern beſeitigt wurde, die Entſcheidung des Geheimen-Raths als oberſter Adminiſtrativjuſtizſtelle anrufen. Alle dieſe Intereſſen waren vom Geſetz als ſubjektive Rechte anerkannt, als welche ſie ſich ſchon der Mehrzahl nach vermöge ihres geſetzlichen Zuſammenhangs mit dem Gemeinde- und Staatsbürgerrecht, beziehungsweiſe wegen ihrer Eigenſchaft als öffentliche Vermögensrechte darſtellten. Wo die Frage von dem Gemeinde- oder Staatsbürgerrecht einen Präjudizialpunkt bildete, war es ſonach in der Regel[47] dieſelbe Behörde, der Geheime-Rath, welche über das Bürgerrecht wie über den unmittelbaren Streitgegenſtand als oberſte Adminiſtrativjuſtizbehörde zu entſcheiden und die Einzelintereſſen gegen im Geſetze nicht begründete Verletzungen durch die Verwaltungen zu ſchützen hatte.

Durch die Annahme der Reichsgeſetzgebung auf dem ſocialpolitiſchen Gebiete (Art. 3 der Reichs-Verf. und die oben angeführten Reichsgeſetze) iſt vor Allem der §. 62 der Württ. Verfaſſung außer Wirkung geſetzt. Fortan iſt

---

gen. Ob ſich aber die Bauluſtigen und die Verwaltung ſelbſt dabei gut befinden würden, iſt eine andere Frage, welche die geſetzgebenden Faktoren meines Erachtens mit vollem Rechte durch Erlaſſung der neuen Bauordnung verneint haben.

[47] Eine Ausnahme hievon trat nur ein in Folge der Einführung einer Rekursſumme durch das Geſetz vom 13. Nov. 1855 und bei Wahlprüfungen, oben Nr. 4.

kein württ. Staatsbürger weder direkt noch mittelbar verpflichtet[48], ein Gemeindebürgerrecht zu erwerben. Hiemit sind jedoch unzweifelhaft die bestehenden Gesetze nur insoweit aufgehoben oder abgeändert, als sie mit einer reichsgesetzlichen Vorschrift im Widerspruch stehn. Aufgehoben sind hiernach die Art. 1 Abs. 1, Art. 2, 5, 11, Art. 33 bis 41, Art. 42 bis 44, Art. 73 bis Art. 80 des Bürgerrechts-Ges. von 1833, beziehungsweise die dieselben ersetzenden Art. 1 bis 16 des Gesetzes vom 5. Mai 1852, soweit sie sich auf die staatliche Erlaubniß zur Verehelichung beziehen. Insbesondere sind ferner durch das Reichsgesetz vom 1. Juni 1870 über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit die §§. 19, 32 bis 35 der Verf.-Urk. von 1819 aufgehoben.

Eine erschöpfende Darstellung dieses Theils des hiernach jetzt in Württemberg geltenden öffentlichen Rechts liegt außerhalb der Grenzen unserer Aufgabe. Doch ist hierauf insoweit einzugehen, als hiedurch die Grenzen der Verwaltungsjustiz bestimmt werden.

1) Die Verfolgung des Anspruchs auf Anerkennung des Gemeindebürgerrechts und auf Zutheilung zu einer Gemeinde ist wie bisher Gegenstand einer Rechtsbeschwerde bei dem Geheimen-Rath als oberster Administrativjustiz-

[48] Nur für das Genossenschaftsrecht in der israelitischen Kirchengemeinde ist das Heimathrecht in der betreffenden Gemeinde noch jetzt Bedingung (oben Z. 4 a. E.), was aber in dem zu erwartenden Gesetze über die kirchlichen Gemeinden zu beseitigen sein wird. Dagegen wird auch durch das Staatsbürgerrecht noch kein Gemeindebürgerrecht erworben. Wenn v. Roenne, das Verfassungsrecht des deutschen Bundes, (Hirths Annalen 1871 S. 155) sagt, die Gemeindeangehörigkeit werde mit der Staatsangehörigkeit, nicht aber letztere mit der ersteren erworben, so ist dieß jedenfalls für Württemberg nicht richtig. Ein Gemeindebürgerrecht kann in Württemberg zufolge der durch die Reichsgesetzgebung unzweifelhaft nicht aufgehobenen Bestimmung des Art. 1 Abs. 2 des B.St.Ges. von 1833 nur von einem württemberg. Staatsbürger erworben werden. Aber mit der Erwerbung der Staatsangehörigkeit ist noch kein Gemeindebürgerrecht, nur das Aufenthaltsrecht und der Anspruch auf Armenunterstützung erworben.

behörde. Nur ist die Zutheilung zu einer Gemeinde durch das Gesetz vom 6. Juni 1870 jetzt aufgehoben; ebenso haben sich die Anläße zur Verfolgung des Gemeindebürgerrechts aus dem Grunde vermindert, weil der Besitz desselben nicht mehr von Einfluß auf die Wahl des Aufenthaltsorts, auf die Frage der Armenunterstützung und nicht mehr Bedingung der Verehlichung ist. Da ferner die staatsbürgerlichen Wahlrechte in Folge der neueren Gesetzgebung unabhängig von dem Besitz eines Gemeindebürgerrechts sind und auch für die Gemeindewahlen der Besitz des Gemeindebürgerrechts nur dann Bedingung des aktiven Wahlrechts ist, wenn der in der Gemeinde Wohnende in den drei der Wahl vorangegangenen Rechnungsjahren keine Steuer entrichtet hat, so wird fortan das Gemeindebürgerrecht nur für sich allein oder aus Anlaß eines Streits über die bürgerlichen Nutzungen, über Theilnahme an den Gemeindefrohnen, wegen Verpflichtung zur Uebernahme einer Stelle im Gemeinderath oder Bürgerausschuß und wegen Zahlung der Bürgersteuer und der Beiträge für die Feuerlöschgeräthschaften und Bepflanzung der Allmand Gegenstand einer Rechtsbeschwerde werden.

2) Die Erwerbung und der Verlust des Staatsbürgerrechts, sowie das Recht der Auswanderung ist durch das Reichsgesetz vom 1. Juni 1870 unter ausdrücklicher Aufhebung aller denselben zuwiderlaufenden Vorschriften geregelt. Indem das Gesetz in Folge des Grundsatzes, daß die Bundesangehörigkeit durch die Staatsangehörigkeit begründet wird, die Gründe der Erwerbung und des Verlustes der Staatsangehörigkeit regelt, wird es die Quelle von subjektiven Rechten. Unzweifelhaft hat Jeder, bei welchem einer der in §. 2 des Gesetzes bezeichneten Gründe der Staatsangehörigkeit zutrifft, ein Recht auf deren Anerkennung, welches auch des Schutzes durch den Administrativrichter fähig ist. Das Reichsgesetz spricht sich jedoch darüber nicht aus, welche Behörden mit diesem Theile der Verwaltungsrechtpflege betraut sind. Es entscheidet daher

hierüber das öffentliche Recht des Einzelnſtaates. Hierbei kann nun darüber kein Zweifel ſein, daß in Württemberg, wenn das württembergiſche Staatsbürgerrecht Gegenſtand des Streits iſt, hierüber der Geheime-Rath als oberſte Verwaltungsjuſtizbehörde zu entſcheiden hat. Wenn aber das Staatsbürgerrecht in einem andern Staate für ſich allein im Streite iſt und dieſer Streit nicht lediglich einen Präjudizialpunkt in einem andern Streite bildet (ſ. hierüber unten Nr. 3 und 4), ſo kann derſelbe unzweifelhaft nicht bei den württembergiſchen Adminiſtrativjuſtizbehörden verfolgt werden. Denn obwohl die Erwerbung und der Verluſt des Bürgerrechts in einem deutſchen Staate durch Reichsgeſetz für alle Staaten gleichmäßig geordnet iſt, und das Staatsbürgerrecht das Reichsindigenat begründet, geht doch das Reichsgeſetz unzweifelhaft davon aus, daß die Vollziehung des Geſetzes und folgerichtig auch der Schutz des nach demſelben erworbenen Staatsbürgerrechts nur den Behörden desjenigen Staats anheimfällt, in welchem das Bürgerrecht beanſprucht wird. (cf. arg. §. 6, §. 22 und 23.) Die Bundesangehörigkeit für ſich allein kann aber nicht Gegenſtand einer Rechtsbeſchwerde ſein, da ſie nach dem Reichsgeſetz ſtets mit der Staatsangehörigkeit verbunden iſt. Wenn daher in einem Staate die nach der Verfaſſung und Verwaltungsorganiſation dieſes Staats in letzter Inſtanz hiezu berufene Behörde (alſo in Württemberg der Geheime-Rath, in Baden der Verwaltungsgerichtshof, in den andern deutſchen Staaten das Geſammtminiſterium oder das Miniſterium des Innern) das Staatsbürgerrecht eines Einzelnen in dieſem Staate rechtskräftig anerkannt hat, ſo hat dieſer damit alle Rechte nicht nur eines Bürgers dieſes Staates, ſondern auch als Reichsangehöriger und es wird ihm keine Reichsbehörde und keine deutſche Einzelſtaatsbehörde dieſe Eigenſchaft beſtreiten oder wieder aberkennen können, obwohl hiebei das Reich ſelbſt und alle andern deutſchen Staaten, die letztern vermöge des Grundſatzes der Freizügigkeit und ſeiner Folgen für die Armen-

unterſtützung unmittelbar intereſſirt ſind. Man ſteht hier nicht nur einer Verwaltungsmaßregel der Behörde des Einzelſtaates in Ausführung eines Reichsgeſetzes, ſondern der verfaſſungsmäßig rechtskräftigen Zuerkennung eines ſubjektiven Rechts gegenüber, welche durch eine Reichsbehörde oder die Behörde eines andern Staates nicht aufgehoben werden kann. Obwohl nach Art. 4 der Reichsverfaſſung nicht nur der Geſetzgebung, ſondern auch der Beaufſichtigung des Reichs die Beſtimmungen über Freizügigkeit, Heimaths- und Niederlaſſungsverhältniſſe, Staatsbürgerrecht, Paßweſen und Fremdenpolizei unterliegen, nach Art. 17 dem Kaiſer die „Ueberwachung der Ausführung der Reichsgeſetze" zuſteht und nach Art. 7 der Bundesrath über Mängel, welche bei der Ausführung der Reichsgeſetze hervortreten, beſchließt und jedes Bundesmitglied befugt iſt, Vorſchläge zu machen und in Vortrag zu bringen, ſo kann hieraus doch nicht ein Recht gefolgert werden, das in einem einzelnen Staate durch deſſen verfaſſungsmäßig hiezu berufene Organe einmal anerkannte Staatsbürgerrecht wieder in Zweifel zu ziehen oder abzuerkennen. Eine Einwirkung auf die in dem Einzelſtaate befolgte Anwendung und Auslegung des Reichsgeſetzes iſt zwar für die Zukunft durch Erlaſſung von Ausführungsbeſtimmungen oder authentiſche Interpretation oder Ergänzungsbeſtimmungen zu dem Geſetz, nicht aber für den einzelnen Fall rechtlich zuläßig, ſo wenig als vermöge der angeführten Beſtimmungen der Reichsverfaſſung ein Eingreifen der Reichsbehörden in Entſcheidungen der Civil- oder Strafgerichte des Einzelnſtaats im Falle der Anwendung eines Reichsgeſetzes zuläßig iſt. Was aber von dem Falle der Zuerkennung des Staatsbürgerrechts gilt, muß auch für den Fall der Aberkennung anerkannt werden. Wenn die in letzter Inſtanz nach der Verfaſſung des betreffenden Staates zur Entſcheidung hierüber berufene Behörde den Anſpruch eines Einzelnen auf Anerkennung ſeines Staatsbürgerrechts verneint hat, ſo kann ihm das verneinte Staatsbürgerrecht nicht von der

Behörde eines andern Staats oder einer Reichsbehörde zuerkannt werden. Die Erhebung einer weiteren Beschwerde bei den Reichsorganen mit der Wirkung einer Rechtsbeschwerde, durch welche eine höhere Entscheidung des einzelnen Falles verlangt werden könnte, wird daher als unstatthaft zu betrachten sein.

Offenbar kann es ferner keinen Unterschied begründen, ob sich der Streit um die Frage, ob ein Staatsbürgerrecht erworben ist oder um die Frage dreht, ob ein erworbenes Staatsbürgerrecht wieder verloren ist.

Was in dem Falle der Behauptung eines von der Centralbehörde eines Bundesstaats bestrittenen Staatsbürgerrechts gilt, muß auch in dem Falle gelten, wenn ein Einzelner bestreitet, nach dem Gesetze des Staatsbürgerrechts verlustig gegangen zu sein, während ihm von der Verwaltungsbehörde das Staatsbürgerrecht bestritten wird, weil er dasselbe nach dem Gesetze verloren habe. Hierüber kann in dem Fall, wenn der Verlust des Staatsbürgerrechts nach Maßgabe des §. 21 des Reichs-Ges. im Streit ist, kein Zweifel sein, da hiernach der Verlust ipso jure durch das Verlassen des Bundesgebiets und einen ununterbrochenen zehnjährigen Aufenthalt im Ausland eintritt. Nicht so zweifellos ist die Sache, wenn es sich um den Verlust des Rechts zur Strafe in den Fällen des §. 20 und 22 des Reichs-Ges. handelt. Hiernach kann der sich im Auslande aufhaltende Deutsche „durch einen Beschluß der Centralbehörde seines Heimathstaates" des Staatsbürgerrechts für verlustig erklärt werden, 1) wenn er im Falle des Krieges oder einer Kriegsgefahr einer durch das Bundespräsidium für das ganze Bundesgebiet anzuordnenden ausdrücklichen Aufforderung zur Rückkehr binnen der darin bestimmten Frist keine Folge leistet, 2) wenn er ohne Erlaubniß seiner Regierung in fremde Staatsdienste tritt und einer ausdrücklichen Aufforderung zum Austritte binnen der darin bestimmten Frist keine Folge leistet. Hat in einem dieser Fälle die Centralstelle des Heimathstaates,

welche ohne Zweifel in allen deutschen Staaten ein Ministerium, gewöhnlich das Ministerium des Innern ist, auf den Verlust des Staatsbürgerrechts erkannt, so entsteht in denjenigen Staaten, in welchen ein Verwaltungsgerichtshof mit der Rechtsprechung über das Staatsbürgerrecht betraut ist, die Frage, ob hiegegen eine Beschwerde bei dem Verwaltungsgericht zulässig ist, d. h. ob diese Verfügung der Centralstelle bei dem Verwaltungsgerichte als gesetzwidrig angefochten und der Anspruch auf Anerkennung des fortdauernden Staatsbürgerrechts verfolgt werden kann. Die Entscheidung dieser Frage ist schwierig. Für die Verneinung derselben lässt sich anführen, daß es die Reichsgesetzgebung ohne jeden Vorbehalt in die Hand der Centralstelle gelegt hat, über den Verlust in diesen Fällen zu erkennen, und daß daher, wenn die Centralstelle diese Befugniß nicht dem Gesetze gemäß ausübt, sie zwar hiefür verfassungsmäßig verantwortlich, aber ihre Verfügung gleichwohl unanfechtbar ist. Der entscheidende Grund für die Bejahung scheint mir aber in der Erwägung zu liegen, daß das einmal erworbene subjektive Recht der Staatsangehörigkeit nur dann von der Centralstelle entzogen werden kann, wenn sie hiebei innerhalb der ihr von dem Gesetze ertheilten Vollmacht gehandelt hat, daß mithin, wenn diese Verfügung wirklich in dem Gesetze nicht begründet, eine gesetzwidrige wäre, hierin die Verletzung eines subjektiven Rechtes liegen würde, gegen welche nach dem allgemeinen, im §. 60 Z. 1 der württ. Verf.-Urkunde von 1819 ausdrücklich anerkannten Grundsatze die oberste Administrativjustizstelle Rechtsschutz zu gewähren hat.

Die bisherige Erörterung hat stets den Fall vorausgesetzt, daß ein Einzelner behauptet, im Besitze eines ihm bestrittenen Staatsbürgerrechts zu sein, wobei er seine Erwerbung durch einen der im §. 2 des Gesetzes bezeichneten Gründe, Abstammung, Legitimation, Verheirathung, Aufnahme oder Naturalisation durch eine von der höheren Verwaltungsbehörde ausgefertigte Urkunde (§. 6 des Ges.)

zu erweisen hat. Es sind jedoch noch einige weitere Fälle der Anwendung des Reichsgesetzes über Bundes- und Staatsangehörigkeit zu erörtern, in welchen die Frage entsteht, ob das Verwaltungsgericht angerufen werden kann.

Der §. 7 des Ges. bestimmt: „Die Aufnahme wird jedem Angehörigen eines andern Bundesstaates ertheilt, welcher um dieselbe nachsucht und nachweist, daß er in dem Bundesstaate, in welchem er die Aufnahme nachsucht, sich niedergelassen habe, sofern kein Grund vorliegt, welcher nach den §§. 2--5 des Gesetzes über die Freizügigkeit die Abweisung eines Neuanziehenden oder die Versagung des Aufenthalts rechtfertigt." Hiernach hat unter den bezeichneten gesetzlichen Voraussetzungen jeder Angehörige eines Bundesstaats ein Recht, die Aufnahme in das Bürgerrecht eines andern Staats und die Ausstellung der Aufnahmsurkunde zu verlangen. Wenn daher die höhere Verwaltungsbehörde gleichwohl die Aufnahme verweigert, so steht unzweifelhaft demjenigen, welcher behauptet, daß die Aufnahme nach dem Gesetze ihm nicht verweigert werden könne, nach württ. Recht und wohl auch nach dem Rechte der übrigen deutschen Staaten eine Beschwerde hiegegen an die höchste Verwaltungsinstanz, in Württemberg an das Ministerium des Innern zu. Wenn er aber auch von dieser Behörde abgewiesen ist, so fragt es sich, ob er alsdann seinen rechtlichen Anspruch bei der höchsten Verwaltungsjustizbehörde gegen die Ministerialverfügung verfolgen oder ob er sich an die Reichsorgane wenden kann oder sich hiebei beruhigen muß. Nach den allgemeinen Grundsätzen und nach der obigen Ausführung wird man sich für die Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde bei dem obersten Verwaltungsgericht des Staates, dessen Bürgerrecht in Frage steht, entscheiden und die Möglichkeit der Anrufung einer Reichsbehörde verneinen müssen, das letztere aus dem Grunde, weil keine gesetzliche Bestimmung eine Reichsbehörde als höhere Instanz über den zu Ausführung des Gesetzes berufenen Einzelstaatsbehörden einsetzt.

Nach §. 8 des Geſ. darf ferner die Naturaliſationsurkunde den Ausländern nur ertheilt werden, wenn ſie nach den Geſetzen ihrer bisherigen Heimath dispoſitionsfähig ſind, einen unbeſcholtenen Lebenswandel geführt haben, an dem Orte, wo ſie ſich niederlaſſen wollen, eine eigene Wohnung oder ein Unterkommen finden und an dieſem Orte nach den daſelbſt beſtehenden Verhältniſſen ſich und ihre Angehörigen zu ernähren im Stande ſind. Ein rechtlicher Anſpruch des Ausländers auf Naturaliſation, auch bei dem Vorhandenſein der angeführten Bedingungen, beſteht hiernach im Unterſchied von dem Bundesangehörigen nicht und es iſt daher unzweifelhaft im Falle der Abweiſung eines ſolchen Geſuchs eine Rechtsbeſchwerde bei dem Verwaltungsgericht hiegegen nicht ſtatthaft. Wenn dagegen im Widerſpruch mit dem Geſetze, des geſetzlichen Verbotes unerachtet, die Naturaliſation ertheilt worden wäre, wird dieſer Verwaltungsakt vor dem Verwaltungsgerichte dann angefochten werden können, wenn der Aufgenommene ſelbſt den Mangel der Handlungsfähigkeit vorſchützt oder die Frage der rechtsgiltigen Naturaliſation einen Präjudizialpunkt in einer andern Verwaltungsſache bildet.

Endlich regelt das Geſetz das Recht der Auswanderung, indem der §. 15 deſſelben beſtimmt, daß die Entlaſſung auf Antrag „jedem Staatsangehörigen ertheilt wird, welcher nachweist, daß er in einem andern Bundesſtaate mit Ausnahme Bayerns[49] die Staatsangehörigkeit erworben hat", daß ſie aber außerdem „nicht ertheilt werden darf,"

1) Wehrpflichtigen, welche ſich im Alter vom vollendeten ſiebenzehnten bis zum vollendeten fünfundzwanzigſten Lebensjahre befinden, bevor ſie ein Zeugniß der Kreiserſatzkommiſſion darüber beigebracht haben, daß ſie die Ent-

[49] §. 16 des Reichs-Geſ. vom 1. Juni 1870 und III §. 8 des Vertrags mit Bayern vom 23. Nov. 1870.

laſſung nicht bloß in der Abſicht nachſuchen, um ſich der Dienſtpflicht im ſtehenden Heere oder der Flotte zu entziehen,

2) Militärperſonen, welche zum ſtehenden Heere oder zur Flotte gehören, Offizieren des Beurlaubtenſtandes und Beamten, bevor ſie aus dem Heere entlaſſen ſind,

3) den zur Reſerve des ſtehenden Heers und zur Landwehr, ſowie der Flotte gehörigen und nicht als Offiziere angeſtellten Perſonen, nachdem ſie zum aktiven Dienſte einberufen worden ſind.

Aus andern als den oben bezeichneten Gründen[50] darf nach §. 17 in Friedenszeiten die Entlaſſung nicht verweigert werden. Für die Zeit eines Krieges oder einer Kriegsgefahr bleibt dem Bundespräſidium der Erlaß beſonderer Anordnung vorbehalten.

Hiemit ſind die bisher in Württemberg giltigen Beſtimmungen über das Recht der Auswanderung aufgehoben.

Der §. 32 der Verf.-Urkunde von 1819 beſtimmt, daß Jedem Staatsbürger freiſteht, aus dem Königreich ohne Bezahlung einer Nachſteuer auszuwandern, ſobald er dem ihm vorgeſetzten Beamten von ſeinem Vorſatze die Anzeige gemacht, ſeine Schulden und andere Obliegenheiten berichtigt und hinreichende Verſicherung ausgeſtellt hat, daß er innerhalb Jahresfriſt gegen König und Vaterland nicht dienen und ebenſolange in Hinſicht auf die vor ſeinem Wegzuge erwachſenen Anſprüche vor den Gerichten des Königreichs Recht geben wolle. Hiernach hatte der württembergiſche Staatsbürger ein Recht auf Entlaſſung aus dem württembergiſchen Staatsverband ohne Unterſchied, ob er nach einem andern deutſchen oder einem außerdeutſchen Staate auswandern will und ob er ein auswärtiges Staatsbürgerrecht erwirbt oder nicht, ſofern er die in dem angeführten Paragraphen der Verfaſſung geforderten Beding-

[50] Im Falle der Auswanderung nach Bayern vergl. übrigens §. 16 des Reichs-Geſ.

ungen erfüllt. Doch nahm die Praxis, gestützt auf das Gesetz vom 15. August 1817, an, daß abgesehen von den Fällen der privatrechtlichen Ausnahmen in Folge Beschränkung der Handlungsfreiheit der verheiratheten Frauen, der Kinder und Minderjährigen, der im Konkurs befindlichen und der zu einer persönlichen Dienstleistung Verpflichteten dieses Recht auch aus Gründen des öffentlichen Rechts, durch die Militärpflicht, durch das Staatsdienerverhältniß und die Verurtheilung zu einer Freiheitsstrafe, endlich eine anhängige Untersuchung beschränkt ist.[51]

Sofern nun derjenige, welcher gestützt auf die Erwerbung der Staatsangehörigkeit in einem andern deutschen Staate oder wenn er nach Bayern auswandern will, mit dem Nachweis, daß ihn der Staat Bayern aufzunehmen bereit ist, seine Entlassung aus dem württembergischen Staatsverbande beantragt, ein unbedingtes und derjenige, welcher in das Ausland auswandern will, ein durch das Nichtzutreffen der gesetzlichen Hindernisse bedingtes Recht auf Entlassung aus dem württembergischen Staatsverbande hat, sind unzweifelhaft die bisherigen württembergischrechtlichen Beschränkungen und Bedingungen der Auswanderungsfreiheit als durch das Reichsgesetz aufgehoben zu betrachten. Es muß aber ebenso, wie im Falle eines Streits über den Besitz und den Verlust des Staatsbürgerechts demjenigen, welcher behauptet, daß ihm im Widerspruch mit dem Gesetze durch die höchste Verwaltungsbehörde (in Württemberg das Ministerium des Innern) die Ausfertigung der Entlassungsurkunde verweigert worden, in Verfolgung dieses seines Rechts zustehen, den Verwaltungsrichter, in Württemberg den Geheimen-Rath, anzurufen und die Entlassungsurkunde zu erwirken, wogegen auch in diesem Fall aus den oben angeführten Gründen die Rechtsbeschwerde bei einer Reichsbehörde nicht statthaft sein wird. Sodann ist selbstverständlich, daß in dem Falle, wenn die

[51] Mohl, Württembergisches Staatsrecht, Bd. I. §. 75.

Kreiserſatzkommiſſion das nach §. 15 Z. 1 des Reichsgeſetzes verlangte Zeugniß verweigert, hiegegen eine Rechtsbeſchwerde bei dem oberſten Adminiſtrativgericht nicht ſtatthaft iſt, da die Ausſtellung dieſes Zeugniſſes bei dem pflichtmäßigen Ermeſſen der Kreiserſatzkommiſſion ſteht und ein Recht auf Ausſtellung dieſes Zeugniſſes nicht beſteht.

2) Nach §. 1 des Freizügigkeitsgeſetzes hat jeder Bundesangehörige das Recht, innerhalb des Bundesgebiets 1) an jedem Orte ſich aufzuhalten, wo er eine eigene Wohnung oder ein Unterkommen ſich zu verſchaffen im Stande iſt, 2) an jedem Orte Grundeigenthum aller Art ſich zu erwerben; 3) umherziehend oder am Orte des Aufenthalts, bezw. der Niederlaſſung Gewerbe aller Art zu betreiben unter den für die Einheimiſchen geltenden geſetzlichen Beſtimmungen. In der Ausübung dieſer Befugniſſe darf der Bundesangehörige, ſoweit nicht das Freizügigkeitsgeſetz die in §. 3, 4 und 5 bezeichneten Ausnahmen macht, weder durch die Obrigkeit ſeiner Heimath noch durch die Obrigkeit des Ortes, in welchem er ſich aufhalten oder niederlaſſen will, gehindert oder durch läſtige Bedingungen beſchränkt werden, insbeſondere darf er auch in der Ausübung dieſes Rechtes nicht um des Glaubensbekenntniſſes willen oder wegen fehlender Landes- oder Gemeindeangehörigkeit beſchränkt werden. Nach §. 2 hat derjenige, welcher die aus der Bundesangehörigkeit folgenden Befugniſſe in Anſpruch nimmt, auf Verlangen den Nachweis ſeiner Bundesangehörigkeit und ſofern er unſelbſtſtändig iſt, den Nachweis der Genehmigung desjenigen, unter deſſen väterlicher, vormundſchaftlicher oder ehelicher Gewalt er ſteht, zu erbringen. Wenn hiernach ein Einzelner durch eine Verwaltungsverfügung von einem Orte ausgewieſen oder in der Erwerbung von Grundeigenthum oder in ſeinem Gewerbebetriebe gehindert wird, welcher behauptet, Bundesangehöriger, d. h. Angehöriger eines der deutſchen Bundesſtaaten zu ſein und beſtreitet, daß einer der geſetzlichen

Gründe zutrifft, vermöge welcher er in Ausübung dieser Befugnisse beschränkt oder gehindert werden darf, so ist er unzweifelhaft, die Richtigkeit seiner Behauptung vorausgesetzt, in einem ihm zustehenden öffentlichen Rechte verletzt und es muß ihm daher in Anwendung des §. 60 Z. 1 der Württ. Verf.-Urkunde gegen eine die Behinderung in der Ausübung dieser Befugnisse bestätigende Verfügung des Ministerium des Innern die Rechtsbeschwerde an den Geheimen-Rath als oberste Administrativjustizstelle zustehn [52]. Die Beurtheilung einer solchen Beschwerde kann nun davon abhängen, ob der Beschwerdeführer Bundesangehöriger ist oder nicht und die Entscheidung dieses Präjudizialpunktes durch die wegen des eigentlichen Beschwerdepunktes angerufene Verwaltungsjustizbehörde kann in dem Falle zu keinem Bedenken Anlaß geben, wenn die Bundesangehörigkeit auf die Angehörigkeit zu dem Staate gestützt wird, dessen Behörde angerufen ist. Wenn aber die Angehörigkeit zu einem andern Staate in Frage steht, so könnte die Bejahung oder Verneinung derselben durch das angerufene Verwaltungsgericht, wie schon oben gezeigt sein dürfte, das Bürgerrecht in einem andern Staate weder begründen noch entziehen, da hierüber nur die Behörden dieses Staates entscheiden können. Es kann daher dem Beschwerdeführer, wie dieß auch der Art. 2 des Gesetzes vorauszusetzen scheint, zur Auflage gemacht werden, den Beweis der Staatsangehörigkeit durch Vorlegung eines Zeugnisses der zur Anerkennung derselben nach dem Gesetze seines Heimathstaates zuständigen Behörde zu führen. Hieraus kann jedoch nicht

[52] In den Fällen, wenn es sich um die Erwerbung von Grundeigenthum handelt, werden es übrigens in Württemberg thatsächlich nur die mit der Behandlung der Kontrakte über Immobilien betrauten Gemeindebehörden sein, welche in der Lage wären, durch ihr Verhalten der Ausübung dieses Rechts Hindernisse zu bereiten. Sofern nun die Gemeindebehörden in diesem Theile ihrer Thätigkeit der Oberaufsicht der Gerichte unterstehen, würde eine hierauf bezügliche außergerichtliche Beschwerde auch von den Gerichten zu erledigen und nicht an die Verwaltungsgerichte zu bringen sein.

gefolgert werden, daß das über den eigentlichen Streitgegenstand entscheidende Verwaltungsgericht verhindert wäre, den Beweis des Bürgerrechts in einem andern deutschen Staate auch ohne die Beibringung einer solchen Urkunde durch andere Thatsachen als geführt zu erachten. Ebenso wenig wäre meines Erachtens in dem Falle, wenn im Widerspruch mit der ausdrücklichen Vorschrift des §. 8 des Gesetzes über Bundes- und Staatsangehörigkeit einem Ausländer das Staatsbürgerrecht ertheilt worden wäre, das Verwaltungsgericht eines andern Staats, bei welchem aus Anlaß eines Streits über das Aufenthaltsrecht diese Frage zur Erörterung käme, verbunden, jene Ertheilung des Staatsbürgerrechts als formell unanfechtbar anzuerkennen.

3) Die wesentlichsten Aenderungen in den bisherigen Kompetenzverhältnissen sind durch das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 und das württembergische Ausführungsgesetz vom 17. April 1873 herbeigeführt.

Vor Allem ist durch Art. 7 des Württ. Gesetzes zur Ausführung des Reichsgesetzes vom 6. Juni 1870 über den Unterstützungswohnsitz vom 17. April 1873 die Geltendmachung der Ansprüche des Hilfsbedürftigen auf Armenunterstützung von den Gegenständen der Verwaltungsrechtsprechung ausgeschieden. Einen Anspruch auf Unterstützung kann der Arme niemals im (Verwaltungs- oder Civil-) Rechtsweg, sondern nur bei der zuständigen Verwaltungsbehörde geltend machen. Es erkennt daher über Beschwerden desselben gegen Anordnungen der Ortsarmen- und Landarmenverbände, sowohl über die Frage ob als über die Frage, wie ihm Unterstützung zu gewähren sei, das Oberamt und die Kreisregierung, bezw. unter Ausschluß einer weiteren Beschwerde an den Geheimen-Rath das Ministerium des Innern als Verwaltungsbehörde. Sofern das Württ. Gesetz selbst (Art. 7) von einem „Anspruch des Armen" auf Unterstützung spricht, könnte dieß inkonsequent erscheinen. Wenn aber hiernach das württembergische

Gesetz die Pflicht der Gesammtheit, den Hilfsbedürftigen zu unterstützen und nicht das Recht desselben zum Ausgangspunkte nahm, und von dieser Grundlage aus ihm keine Rechtsbeschwerde einräumt, so hatte dasselbe hierbei das Reichsgesetz für sich, welches weder von einem Anspruch noch einem Rechte des Hilfsbedürftigen auf Unterstützung spricht. Da nach §. 28 und 60 des Reichsgesetzes jeder Hilfsbedürftige, Bundesangehörige und Ausländer, vorläufig von demjenigen Ortsarmenverbande unterstützt werden muß, in dessen Bezirk er sich bei dem Eintritte der Hilfsbedürftigkeit befindet, so ist das individuelle Interesse der Hilfsbedürftigen, auch ohne daß ein subjektives Recht derselben anerkannt wird, durch die Zulassung der Verwaltungsbeschwerde hinreichend gewahrt und der Ausdruck „Anspruch" nicht im Sinne eines durch den Verwaltungsrichter zu schützenden Interesses, sondern nur im Sinne einer Aufforderung der Behörde zu Erfüllung der ihr durch das Gesetz auferlegten öffentlichen Pflicht zu nehmen. Auch hiernach zeigt sich die Unhaltbarkeit der Ansicht, daß die Verwaltungsrechtsprechung die Wahrung des objektiven Rechts zum Gegenstand habe. Denn da die angeführten §§. 28 und 60 unzweifelhaft Normen des öffentlichen Rechts sind, so müßte, wenn der Hilfsbedürftige behauptet, mit seinem Verlangen der Unterstützung abgewiesen zu sein, während er im Sinne des Gesetzes (§. 4 des Freizügigkeitsgesetzes) hilfsbedürftig sei, ihm die Geltendmachung seiner Forderung unter dem Titel der Wahrung des Gesetzes durch einen Interessenten bei dem Verwaltungsrichter zustehen.[53]

---

[53] Wenn Bäzner a. a. O. S. 12 N. bemerkt, daß der Ausdruck „Unterstützungswohnsitz" im Sinne des Reichsgesetzes als das nach den Vorschriften der §§. 9—21 des Gesetzes gegen einen Ortsarmenverband erworbene „Recht auf definitive Unterstützung" zu verstehen sei, so darf man ebendeßhalb nicht an ein Recht des Einzelnen im Sinne eines durch den Verwaltungsrichter zu schützenden Interesses denken und es würde wohl zu Vermeidung eines Mißver-

Dagegen können allerdings aus der Thatsache der Unterstützung Rechtsansprüche entstehen, welche sich zur Entscheidung durch die Verwaltungsgerichte eignen. Diese Rechtsansprüche sind

1) der Anspruch auf Ersatz des von ihm gemachten Aufwands von Seiten des nach dem Gesetze definitiv zur Unterstützung verpflichteten Armenverbands, des Armenverbands des Dienstortes oder desjenigen Armenverbands, in dessen Bezirk der Unterstützte einen Unterstützungswohnsitz erworben hat, bezw. aus welchem die Einlieferung aus einer Straf-, Kranken-, Bewahr- oder Heilanstalt erfolgt ist (§. 9—30 und 33 des Reichs-Ges.).

2) der Anspruch eines Ortsarmenverbands auf Ersatz der auf Grund des Gesetzes geleisteten Armenunterstützung gegen den Unterstützten, welcher im Besitze genügender Mittel war und später in eine Lage gekommen ist, die ihm die Ersatzleistung unbeschadet der Sicherstellung seines und der Seinigen Lebensunterhaltes ermöglicht. (Art. 3 des württ. Einf.-Ges.)

3) der Anspruch dritter Personen, welche ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein, einem Unterstützungsbedürftigen eine dringend nöthige Hilfe leisten, auf Ersatz des durch die Umstände gebotenen Aufwands (Art. 4 des württ. Einf.-Ges.). Dahin gehören auch Ansprüche der Aerzte, Wundärzte, Hebärzte und Apotheker für geleistete Hilfe unter den in den Art. 5 und 6 des württ. Einf.-Ges. näher bezeichneten Voraussetzungen.

---

ständnisses richtiger sein, den Unterstützungswohnsitz als denjenigen besonders qualifizirten Wohnsitz zu bezeichnen, durch welchen ein Ortsarmenverband ohne die Möglichkeit des Rückgriffs auf einen andern Armenverband zur Unterstützung des Angesessenen im Falle der Hilfsbedürftigkeit verpflichtet wird. Da die Erfüllung dieser Pflicht ausschließlich Verwaltungssache ist, so hört dieselbe allerdings hiemit auf, Rechtspflicht zu sein; ihre Erfüllung wird ausschließlich eine öffentliche Angelegenheit, über welche allein das öffentliche Gewissen, kein Gericht zu wachen hat.

Die bezeichneten Ansprüche, obgleich das Interesse der Einzelnen und der Armenverbände bei einem Streite über dieselben ein ausschließliches Vermögensinteresse ist, gehören nach dem die Abgrenzung von Civil- und Verwaltungsrechtsprechung bestimmenden Grundsatz[54] zur Zuständigkeit der Gerichte des öffentlichen Rechts, da sie aus dem öffentlichen Rechte, aus den für die Gesammtheit bestehenden, auf dem staatlichen Genossenschaftsverhältniß beruhenden Normen über die Armenunterstützung hervorgehen, wogegen mit vollem Recht nach Art. 48 des Württ. Gesetzes Ansprüche von Armenverbänden, welche die Uebernahme der Unterstützung eines Hilfsbedürftigen oder die Erstattung bereits verausgabter Unterstützungskosten durch „privatrechtlich" verpflichtete Personen zum Zweck haben, an den Civilrichter verwiesen sind.

Wenn sodann zu der Verhandlung und Entscheidung über Streitigkeiten der in Z. 1—3 bezeichneten Art in dem „Landesamt für das Heimathwesen" und dem „Bundesamt für das Heimathwesen" Spezialverwaltungsgerichte eingesetzt sind,[55] durch welche die Rechtsprechung der allgemeinen obersten Verwaltungsgerichtshöfe für diese Streitigkeiten ausgeschlossen ist, so lassen sich hiefür wohl nach der gegenwärtigen Entwicklung der Rechtsprechung des öffentlichen Rechts einige Zweckmäßigkeitsgründe anführen. Man wird jedoch die Frage einer wiederholten Prüfung zu unterstellen haben, ob es zweckmäßig und principiell richtig ist, im Falle der neuen Organisation der Verwaltungsrechtspflege solche Spezialgerichte neben einem obersten Verwaltungsgerichtshof auch für diejenigen Streitigkeiten, welche in letzter Instanz von der Landesbehörde zu entscheiden sind, beibehalten. Die Errichtung solcher Spezialgerichte

---

[54] Dieses Archiv Bd. XV. S. 1 u. f., insbes. S. 20.

[55] Vergl. über die rechtsprechenden Behörden in Fragen der Armenfürsorge §. 37 bis 51 des Reichs-Ges., Art. 31 bis 44 des württ. Ausführungsgesetzes, für die übrigen deutschen Staaten die Zusammenstellung bei Bäzner a. a. O. S. 213 bis 215.

hat den unleugbaren Nachtheil, daß die Entwicklung einer gleichmäßigen prozessualischen Behandlung der Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes verkümmert und die Verwendung der vollen Arbeitskraft der Mitglieder, welche diese Richterfunktion nur als ein Nebenamt versehen, in Frage gestellt wird. Nur so lange die sog. Administrativjustiz in dem hier vertretenen Sinne nicht zur vollen Anerkennung gelangt ist, kann man sich die Errichtung derartiger Spezialgerichte erklären. So hat man in Baden mit vollem Recht die in dem württ. Gesetz in letzter Instanz an das Landesamt für das Heimathwesen verwiesenen Streitigkeiten dem Verwaltungsgerichtshof zugewiesen.

Außer den angeführten Streitigkeiten können nun aber aus der Anwendung der neuen Gesetzgebung über die Armenfürsorge noch weitere Streitigkeiten entstehen, welche in gleicher Weise das Vermögensinteresse der betheiligten Verbände berühren, wie die bezeichneten Ansprüche. Dieß ist der Fall

1) bei der Ausscheidung der kirchlichen Stiftungen von den der öffentlichen Armenunterstützung gewidmeten Stiftungen nach Maßgabe der Art. 11 und 12 des württ. Ausführungsgesetzes;

2) über die in Art. 22 dess. Gesetzes ausgesprochene Verpflichtung der Landarmenverbände, in den Landarmenanstalten, soweit es der Raum gestattet, gegen Entschädigung die der Fürsorge der Ortsarmenverbände gesetzlich anheimfallenden, zur Aufnahme in jene Anstalten sich eignenden Personen auf Antrag dieser Verbände aufzunehmen;

3) über die in Art. 25 des württ. Ausf.-Ges. eingeführte Verpflichtung der Landarmenverbände, denjenigen ihrem Bezirk angehörigen Ortsarmenverbänden eine Beihilfe zu leisten, welche durch Erfüllung der ihnen obliegenden Verpflichtungen überbürdet werden, sowie die Zahlung und Erstattung der ihnen auferlegten Kosten, welche sie ganz oder theilweise zu tragen außer Stande sind, zu übernehmen.

Nach den ausdrücklichen Vorschriften des württ. Ausführungsgesetzes entscheiden über diese Streitigkeiten die Verwaltungsbehörden, in letzter Instanz also das Ministerium des Innern endgiltig mit der einzigen Ausnahme, daß, wenn die stiftungsmäßige Bestimmung einer Stiftung oder des Vermögenstheils einer solchen in Frage steht, eine weitere Beschwerde an den Geheimen-Rath statthaft ist. Es läßt sich hiegegen auch vom Standpunkte der strengen Durchführung der Principien der Verwaltungsrechtsprechung aus dem Grunde keine Einwendung machen, weil die Entscheidung dieser Fragen von dem freien Ermessen unter Berücksichtigung aller thatsächlichen Verhältnisse abhängt, für welche Thätigkeit die verwaltenden Organe des Staats geeigneter sind, als die rechtsprechenden, während andererseits keine solche Interessenkollision hiebei denkbar ist, durch welche die Verwaltungsorgane des Staats zur Partei, zum Richter in eigener Sache würden.

8) So lange der Staat die kirchlichen Verbände der Katholiken, Protestanten und Israeliten als wesentliche Glieder der staatlichen Organisation, als Einrichtungen anerkennt, welche im öffentlichen Interesse des Staats seiner Oberaufsicht und Gesetzgebung unter Beachtung der durch den Grundsatz der kirchlichen Autonomie gezogenen Schranken unterstellt sind, ist auch das Genossenschaftsrecht der Einzelnen in diesen Verbänden als eine Frage des öffentlichen Rechts zu betrachten. Da übrigens der Staat in Anerkennung des Grundsatzes der kirchlichen Autonomie kein Recht und keine Mittel hat, die Organe der Kirche in rein kirchlichen Fragen zur Vollziehung seiner Aussprüche zu zwingen, so kann die Frage der Zugehörigkeit eines Einzelnen zu einem kirchlichen Verband nur, wenn und soweit hieran bürgerliche, insbesondere vermögensrechtliche Folgen geknüpft sind, zur Entscheidung vor die Behörden des Staats gebracht werden. Mit dieser Einschränkung aber ist auch anzuerkennen, daß die Entscheidung eines Streits über die Zugehörigkeit zu einem

kirchlichen Verband, also namentlich über die Rechte als Parochianen, über die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kirchengemeinde, den Verwaltungsgerichten zuzuweisen ist. Nach §. 60 Z. 1 der württ. Verf.-Urk. ist der Geheime-Rath als oberste Administrativjustizbehörde für solche Streitigkeiten unzweifelhaft zuständig [56].

Zur Frage von der Giltigkeit der Verträge über die Erbschaft eines lebenden Dritten.

Von Herrn Obertribunalrath Freiherr v. Holzschuher.

I. Die in der Ueberschrift bezeichnete Frage hat das Obertribunal in Uebereinstimmung mit den in Sarwey's Monatschrift Bd. 20 S. 129 ff. und in Tafel's Civilrechtssprüchen Bd. 4 S. 187 ff. mitgetheilten Erkenntnissen, insbesondere dem Plenarbeschlusse vom 4. April 1860, auch neuerdings wieder dahin entschieden, daß nach dem in Württemberg geltenden Rechte solche Verträge auch ohne die Einwilligung des zu Beerbenden giltig seien. Diese in einer Nichtigkeitsklagsache abgegebene Entscheidung wurde folgendermaßen begründet:

„Die erhobene Nichtigkeitsklage wird darauf gegründet, daß durch die Entscheidung des vorigen Richters der Rechtssatz, daß Verträge über die künftige Erbschaft eines Dritten ohne dessen Einwilligung ungiltig seien, verletzt sei (Civilprozeßordnung Art. 733 Ziff. 15). Allein dieser Rechtssatz hat in Württemberg keine Geltung, vielmehr hat das Obertribunal in Uebereinstimmung mit den Rechtssprüchen der Mehrzahl der höheren Gerichte des Landes schon seit langer Zeit die Ansicht befolgt und daran unter eingehender Würdigung der in Sarwey's Monatschrift Bd. 20 S. 142—155 vorgebrachten Gegengründe festge-

[56] Die Fortsetzung dieses Beitrags wird in einem der folgenden Hefte des Archivs erscheinen.

halten, daß nach dem in Württemberg geltenden Rechte Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten auch ohne dessen Zustimmung, der entgegenstehenden Bestimmung des römischen Rechts ungeachtet, in der Regel giltig abgeschlossen werden können und die Bestimmung des Landrechts Th. II. Tit. 31 §. 1, 2, wonach ein Heiratgut mittelst Zuweisung einer künftigen Erbschaft nur mit Zustimmung des betreffenden Erblassers bestellt werden kann, auf dem Boden des dritten Landrechts als Ausnahme von jenem Grundsatze zu betrachten sei [1]. Von der hienach für das Obertribunal feststehenden Rechtsübung abzugehen, konnte man im Interesse einer gleichförmigen Rechtsprechung und bei wiederholter Prüfung der Frage um so weniger Grund finden, als die Vorarbeiten zum dritten Landrechte ergeben, daß damals die Giltigkeit auch solcher Erbschaftsverträge, gleichwie der eigentlichen Erbverträge, als gegen die Regel des gemeinen Rechts durch Rechtsgewohnheit eingeführt angesehen wurde [2] und darum, wenn im Landrechte Th. II. Tit. 9 §. 7 der Verkauf einer jeden Erbschaft, statt, wie im zweiten Landrechte fol. 202, nur der angefallenen Erbschaft, unter gleichzeitiger Weglassung der von Haug beantragten Worte „nach Eines Absterben" [3] für zulässig erklärt wird, die Annahme einer Absichtlichkeit dieser Aenderung so nahe gelegt und das Gewicht des aus Th. II. Tit. 31 §. 1 und 2 abgeleiteten Gegengrunds [4] so abgeschwächt ist, daß die fragliche Thesis keinenfalls als einem Landesgesetze widerstreitend bezeichnet werden kann.

Entscheidung des Obertribunals vom 12. Oktober 1874 in der Nichtigkeitsklagsache Müller g. Müller.

II. Auf dem Boden des gemeinen Rechts würde man sich unbedingt für die Anwendung der Bestimmung des

[1] Vgl. Tafel, Civilrechtssprüche Bd. IV. S. 187—190.

[2] Faber und Schloßberger, Landrechtsakten S. 361 v. Secundo etc. vgl. mit S. 351 ff.

[3] Faber a. a. O. S. 152.

[4] Sarwey Monatschrift Bd. XX. S. 150, 152 ff.

römiſchen Rechts[5] zu entſcheiden haben. Die Rechtslehrer, welche ſich ſeit dem Erſcheinen des Aufſatzes von Harprecht im 20. Bande der Monatſchrift über die Frage ausgeſprochen haben, ſind wohl einſtimmig der Anſicht, daß jene Beſtimmung in Deutſchland Giltigkeit habe[6]: eine Uebereinſtimmung, welche vorzugsweiſe dem Umſtande zu verdanken ſein wird, daß man ſich, insbeſondere ſeit Haſſe's Ausführungen, über den Unterſchied zwiſchen den wahren Erbverträgen und den ſog. Erbſchaftsverträgen, ſowie darüber klar geworden iſt, daß, was von den erſtern gilt, nicht ohne Weiteres auf Verträge über die künftige Erbſchaft eines Dritten übertragen werden darf. Daß in Betreff der Zuläßigkeit der letzteren die deutſche Rechtsanſchauung entſchieden derjenigen des römiſchen Geſetzgebers entgegengeſetzt ſei und ſolche Verträge einmüthig als etwas Unverfängliches betrachte, läßt ſich angeſichts deſſen, was in jenem Aufſatze ausgeführt und im folgenden angereiht werden wird, ſicherlich nicht behaupten. Eben damit aber iſt bereits der Behauptung, daß ein allgemeines deutſches Gewohnheitsrecht die unbedingte Giltigkeit dieſer Verträge ſanktionire, der Boden entzogen; dieſelbe iſt aber auch überall nicht nachweisbar. Zwar haben von den höchſten Gerichten Deutſchlands für die unbedingte Giltigkeit der Erbſchaftsverträge ſich ausgeſprochen das Oberappellationsgericht in Wiesbaden (1852), einfach unter Berufung auf die heutige Praxis; das Oberappellationsgericht in Caſſel (1861), indem es den Grund der römiſchrechtlichen

---

[5] l. 30 C. de pactis (2, 3).

[6] Bangerow, Pand. (6. Aufl.) Bd. II. §. 396 Anm. II.;
Walter, Deutſch. Priv.R. §. 440;
Köppen, Syſtem des heut. Erbrechts §. 4, Note 49 Nr. 2 (anderwärts citirt);
Gengler, Lehrbuch des deutſchen Priv.R. Bd. II. S. 1479 N. 1;
Keller, Pand. (2. Aufl.) II. §. 474;
Windſcheid, Pand. B. III. §. 529 Note 4;
Schütze in Holtzendorff's Rechtslexikon Bd. I. S. 362;
Förſter, preuß. Privatr. Bd. IV. S. 245.

Bestimmung, wie sich aus der Wirksamkeit der eigentlichen Erbverträge ergebe, als der heutigen Rechtsanschauung fremd erklärte, und das Oberappellationsgericht in Dresden (1864) nach Annahme namentlich der sächsischen Praxis. Dagegen haben für die entgegengesetzte Ansicht sich erklärt das Oberappellationsgericht in Lübeck (1847 und 1857), da der Anwendbarkeit der Bestimmung des römischen Rechts ein allgemeiner Gerichtsgebrauch nicht entgegenstehe; das Oberappellationsgericht in Celle (1851) ebenfalls, indem es die behauptete allgemeine Praxis nicht anerkannte; das Oberappellationsgericht in Oldenburg (1864); das Oberappellationsgericht in München (1866), jedoch vorzugsweise mit Begründung aus partikularrechtlichen Bestimmungen und das Handelsappellationsgericht in Nürnberg (1868)[7].

III. Anders, als nach gemeinem Rechte liegt jedoch die Sache für die Rechtssprechung in Württemberg, insbesondere diejenige des Obertribunals.

Darüber wird allerdings kein Zweifel sein können, daß das zweite Landrecht (wie im Wesentlichen schon das erste) die Bestimmung des römischen Rechts als verbindend anerkannte. Offenbar enthält dasselbe in der Vorschrift (Th. II. Tit. Von Eheberedung und Ehelenten[8]), daß die Ehesteuer und Widerlegung nicht auf künftige Erbfälle gesetzt werden sollen, es wäre denn, daß die zu Beerbenden selbst wissentlich darein gewilligt hätten, nur eine Anwendung der allgemeinen Bestimmung des römischen Rechts in Betreff der Verträge über die künftige Erbschaft eines noch lebenden Dritten auf den besondern Fall der Bestellung eines Heiratguts mittelst einer solchen zu erwartenden

---

[7] Seuffert, Arch. Bd. XIII., 44; Bd. XIV., 216; Bd. XX., 51; — Bd. II., 313; Bd. XIII., 151; Bd. VIII., 153; Bd. XVIII., 91; Bd. XXV., 287 bei Note 1; Blätter für Rechtsanw. in Bayern, Ergänzungsbd. zu Bd. XXXI. und XXXII. S. 145—155.

[8] Reyscher, Gerichtsgesetze Th. I. S. 330; III. L.R. Th. II. Tit. 31 §. 1 und 2.

Erbschaft. Es ergibt sich dies daraus, daß das Freiburger Stadtrecht, das hier, wie in so vielen andern Materien die Quelle des Landrechts bildet [9], in Uebereinstimmung mit andern Statutarrechten aus jener Zeit, das Verbot gerade mit demjenigen Grunde, welchen römische Gesetzesstellen für die Ungiltigkeit eines jeden Vertrags über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten anführen [10], motivirt, damit nämlich, daß es ein unbillig Hoffnung sei, die in eines andern Tod gesetzt werde (Jr. III. Tit. 2). Und eine Bestätigung dieser Auffassung kann noch darin gefunden werden, daß das zweite Landrecht gerade diejenige Ausnahme von dem Verbote aufgenommen hat, welche das römische Recht von seinem allgemeinen Verbote eintreten läßt, daß nämlich der Vertrag bindend sei, wenn der zu Beerbende demselben zustimmt [11]. — Auch in den Bestimmungen über Einkindschaft stellt das II. Landrecht (Th. IV. letzter Titel §. Damit auch) den Satz auf, daß Erbschaften, welche die zu unirenden Kinder zu hoffen haben, ihnen allein vorbehalten bleiben, also nicht zum Gegenstand der Gemeinschaft gemacht werden sollen, es wäre denn, daß diejenigen, von welchen sie eine Erbschaft zu erwarten haben, es ausdrücklich anders haben, also ihren dereinst jenen Kindern zukommenden Nachlaß in die Ge-

[9] Wächter, württ. Priv.R. Bd. I. S. 243; Reyscher, württ. Priv.R. Bd. I. §. 35. Die im Texte behandelte Stelle des I. L.R. ist fast wörtlich dem Freiburger Stadtrechte entnommen.

[10] Vgl. insbesondere l. 2, §. 2 D. de vulg. et pup. substit. (28, 6): „improbum esse Julianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate“; l. 30 C. de pactis (2, 3): „quare enim quodam vivente et ignorante de rebus ejus quidam paciscentes conveniunt?“ „acerbissima spe“; l. 27 §. 4 D. ad S.C. Trebell. (36, 1).

[11] II. L.R. „Von Eheberedung und Eheleutten“: „Es were dann, das die Eltern, oder andern Verwandten (auff deren künfftig absterben, und anwartend Erb also ein Ehesteur oder Widerlegung bedingt) selbst wissentlich darein bewilligt hetten“; l. 30 C. cit. „nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit.“

meinschaft fallen lassen wollen: eine Bestimmung, welche gleichfalls auf eine Einwirkung des römischen Rechts zurückgeführt werden kann, auf welche übrigens unten nochmals zurückzukommen ist. — Im Uebrigen behandelt das II. Landrecht die Verträge über die künftige Erbschaft eines noch lebenden Dritten nicht, sondern ordnet nur (Th. II. Tit. „Wann ein Erb verkaufft würdt, was das auf im trage") die aus dem Verkaufe einer bereits angefallenen Erbschaft entspringenden Rechtsverhältnisse, ganz in Uebereinstimmung mit dem Freiburger Stadtrechte.

Es fragt sich nun, ob es das dritte Landrecht bei dieser Sanktion der römischrechtlichen Bestimmungen über Erbschaftsverträge belassen hat. In dieser Beziehung ergibt sich zunächst aus Haug's Relation, daß derselbe in Th. II. Tit. 9 §. 7 nur die soeben erwähnte Bestimmung des II. Landrechts über den Verkauf bereits angefallener Erbschaften wiederholen wollte. Während nämlich das letztere unter der angeführten Rubrik bestimmt hatte:

„Wann einer ein gefallen Erbschaft verkaufft, der soll alles dasjenig, so er im Erb funden het, oder nochmalen finden oder erfarn mag, . . . überlüfern u. s. w."

beantragte Haug, unter den Rubriken:

„Waß ein Jeder für güetter unnd Waar verkhauffen möge" und „Was für Güetter nit mögen verkaufft werden."

die hierauf bezüglichen Bestimmungen zusammenzufassen und hierunter auch diejenigen über den Verkauf einer Erbschaft aufzunehmen. Er wollte daher auf eine allgemeine Bestimmung, dahin gehend, daß alle Güter, deren Veräußerung nicht verboten, verkauft werden mögen (III. LR. Th. II. T. 9 §. 4) die zwei besonderen vom II. Landrecht behandelten Fälle der venditio ususfructus und venditio hereditatis und dann zwei Fälle von Veräußerungsverboten folgen lassen. Demgemäß wollte er den auf §. 4 folgenden Paragraphen (entsprechend den §§. 6 und 7 des III. L.R.) dahin fassen:

„Allso auch wer ein Besitz, Gebrauch oder Nüessung

etlicher güetter hat, mag die . . . Wol verkauffen . . . Nitt Weniger mag nach Eineß Absterben, die Angefallene erbschafft sie werde gleich uß testamentlicher Verordnung oder ohne Testament Von Nahender sippschaft wegen, Jemand zukommen, Verkaufft werden."

Er belegt dies mit den Digesten- und Codextiteln de hered. vel act. vend., und will nachher, dem II. L.R. gleich, setzen:

„Unnd wann einer ein gefallen erbschafft Verkaufft, der soll alles das ihenig, so er Im erb funden hette oder Nochmalen ꝛc." wie im II. L.R.

Hiezu, wie zu dem ganzen Titel vom Kaufe, sagt das Bebenhäuser Berathungsprotokoll nur:

bleibt bei D. Haugen new begriffnem Concept paucis mutatis [12].

Statt dessen aber ist jetzt im III. Landrecht, unter Verschmelzung der beiden Rubriken von den Gütern, die verkauft werden mögen, oder nicht, und unter Einschaltung des §. 5 über den Gültkauf, in §. 6 nur vom Verkaufe der Nutznießung die Rede und der Schlußsatz des Haugschen Antrags hiezu in den §. 7 herübergezogen in folgender Fassung:

„Nicht weniger mag auch ein jede Erbschafft verkaufft werden; in welchem Fall der Verkäuffer alles das jhenig, so ihm erblich zugefallen . . . überlüffern oder volgen lassen muß ꝛc."

Es ist also nicht nur das Wort „gefallen" bezw. „angefallene", welches Haug, wie oben ersichtlich, besonders betont hatte, in „jede" verwandelt, sondern es sind auch die Worte „nach eines Absterben" ausgelassen worden.

Wenn man nun auch zugeben mag, daß die Aufnahme des Worts „jede" statt „angefallene" — falls dies die einzige Aenderung wäre — erfolgt sein könnte, um den

[12] Landrechtsakten a. a. O. S. 152 f., 286.

Haugiſchen Zwiſchenſatz von der teſtamentariſchen und Inteſtaterbſchaft überflüſſig zu machen, obwohl dieſe Annahme angeſichts der Faſſung des II. Landrechts und der Betonung des Wortes „angefallene“ bei Haug wenig Wahrſcheinlichkeit für ſich hat, ſo kann doch dieſer Aenderung in der Verbindung mit der Weglaſſung der Worte „nach eines Abſterben“ keine andere Abſicht unterliegen, als die, die Beſchränkung, welche durch jene Worte ausgedrückt war, zu beſeitigen, alſo den Verkauf nicht bloß einer angefallenen, ſondern auch einer noch nicht angefallenen Erbſchaft für zuläßig zu erklären. Dies iſt um ſo mehr anzunehmen, als das dritte Landrecht, im Unterſchied vom zweiten, an dieſer Stelle ex professo und mit einer gewiſſen Vollſtändigkeit beſtimmt, welche Sachen Gegenſtand eines Kaufvertrags ſein können, welche nicht. Ob dieſe und die weiteren in Tit. 9 vorgenommenen Aenderungen von der Bebenhäuſer Commiſſion oder aber von Enzlin [13] herrühren, muß dahin geſtellt bleiben; letzteres iſt übrigens angeſichts des oben ausgehobenen Beſchluſſes der Bebenhäuſer Commiſſion das Wahrſcheinlichere. Daß aber die Aenderung in der ſoeben angeführten Abſicht vorgenommen worden ſei, dieſe Annahme findet eine weſentliche Unterſtützung darin, daß Eiſengrein, welcher als Referent über den dritten und vierten Theil des Landrechts die Materie von den Erbverträgen zu behandeln hatte, in ſeiner Relation mehrfach ausgeſprochen hat, daß auch die Erbſchaftsverträge in Abweichung vom römiſchen Rechte nach unſerer Rechtsgewohnheit giltig ſeien. In ſeinen Bemerkungen zu L.R. Th. IV. Tit. 1 §. 2 [14] verſteht zwar Eiſengrein unter den pacta de futura successione et hereditate viventium möglicherweiſe nur die wahren Erbverträge; zu Th. III. Tit. 8 [15] behandelt er zwar ebenfalls

[13] Vgl. Landrechtsakten a. a. O. S. 629 f., 647.
[14] Landrechtsakten a. a. O. S. 466.
[15] Landrechtsakten a. a. O. S. 351 f.

nur die wahren Erbverträge, nennt sie eine materia et nova successionis species in jure civili incognita, imo prohibita, gründet deren Verbindlichkeit auf neuere Rechtsgewohnheit (novis gentium moribus) und erkennt es für ausgemacht, daß sie durch Statute (Landesgesetz) für giltig erklärt werden können; allein er citirt doch gerade für den Satz, daß solche Verträge als mortis captatoria, tristitiæque plena et liberam testandi facultatem aufferentia vom jus civile und Canonicum reprobirt werden, die l. ult. C. de pactis, welche lediglich von den Verträgen über die Erbschaft eines lebenden Dritten handelt, und zeigt dadurch, daß er diese den wahren Erbverträgen gleichstellt. Ganz ausdrücklich aber spricht er sich hierüber in seinen Anträgen zu der bereits oben berührten Stelle, L.R. Th. III. Tit. 9 §. 7 aus [16]. Er findet nämlich, daß es sich als nachtheilig erwiesen habe, daß vom Landrechte bisher gestattet worden sei, bei Einkindschaftsverträgen auch die künftigen An- und Erbfälle der Kinder (mit Zustimmung der zu Beerbenden) in die Gemeinschaft einzubedingen, und erachtet es für nothwendig, dies durch Weglassung des Schlußsatzes „es wollens dann ꝛc." ganz zu verbieten. Unter den Gründen dieses Antrags führt er an: da durch solche Beredungen leicht die Gleichheit verletzt werde, so habe man desto mehr Ursach,

„diſe pacta successoria (die ohne das contra regulas juris communis ex consuetudine quadam induciert, ſonſten aber in Rechten als captatoria mortis et contra bonos mores, reprobiert ſeyen) intra certos limites — et bona tantum præsentia conjugum et liberorum einzuziehen und nit zugeſtatten, das dieſelben auch de futuris hereditatibus aliorum adhuc viventium geſchehen mögen."

Die Commiſſion beließ es jedoch bei der Beſtimmung

[16] Landrechtsakten a. a. O. S. 361 f.

des zweiten Landrechts [17]. Aus Eisengreins Aeußerung aber ergibt sich mit voller Bestimmtheit, daß er nicht nur die Erbverträge, sondern auch die Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten obwohl in Rechten als contra bonos mores reprobirt, als durch Gewohnheitsrecht eingeführt betrachtete, und es darf, da eben die frühere Theorie zwischen beiderlei Arten von Verträgen nicht scharf unterschied, angenommen werden, daß diese Ansicht auch bei den übrigen Redaktoren des dritten Landrechts, wenigstens in ihrer Mehrheit, welche ohnehin die Erb- und Erbschaftsverträge mit günstigeren Augen ansah, als Eisengrein [18], geherrscht habe. Unter diesen Umständen gewinnt es auch von dieser Seite aus die höchste Wahrscheinlichkeit, daß bei der oben behandelten Aenderung in Th. II. Tit. 9 §. 7 die Bestimmung des Landrechts mit dieser Ansicht in Einklang gebracht und dadurch der Verkauf auch einer noch nicht angefallenen Erbschaft als zulässig erklärt werden wollte. Hiezu konnte gerade Eisengreins Relation, da sie mehrfach die gewohnheitsrechtliche Verbindlichkeit beider Arten von Verträgen anerkannte, sowohl der Bebenhäuser Commission, welche über die beiden ersten Theile des Landrechts nach dem dritten und vierten berieth [19], als auch bei der Revision durch Kanzler Enzlin Anlaß geben. Das Verbot der Bestellung eines Heiratguts mittelst Verweisung auf eine künftige Erbschaft ohne Einwilligung des zu beerbenden Verwandten konnte, ungeachtet der den Erbschaftsverträgen im Allgemeinen zu Theil gewordenen Anerkennung, als Ausnahme beibehalten werden, sei es unabsichtlich oder aber aus besonderen gerade bei der Heiratgutsbestellung eingreifenden Rücksichten, insbesondere etwa um hiebei die Unsicherheit über die Größe des Bei-

[17] Landrechtsakten a. a. O. S. 590.

[18] Auch der S. 466 a. a. O. enthaltene Antrag Eisengreins auf Beschränkung der Erbverträge fand keine Billigung, vgl. III L.R. Th. IV. Tit. 1 §. 2.

[19] Landrechtsakten a. a. O. Einleitung Ziff. II. 3 und 7.

bringens und manchen Anlaß zu Streitigkeiten zu mindern; es konnte dies ebensogut geschehen, als von Eisengrein, ungeachtet der von ihm anerkannten Gewohnheit, welche auch die Erbschaftsverträge zuließ, mit Rücksicht auf das Interesse der Betheiligten bei einer Einkindschaft ein unbedingtes Verbot der Einziehung von Dritten zu hoffender Erbschaften in die Gemeinschaft beantragt, und von der Commission wenigstens für den Fall, daß die zu Beerbenden ein Anderes nicht ausdrücklich verordnet hätten, aufrecht erhalten wurde [20]. Hienach verlieren die Stellen II. 31 §. 1 und 2 und III. 9 §. 7 im Zusammenhange des dritten Landrechts ihren Beweiswerth für eine in diesem zu findende wiederholte Sanktionirung der Grundsätze des römischen Rechts in Betreff der Verträge über die Erbschaften noch lebender Dritter, und dürften überwiegende Gründe dafür sprechen, daß das dritte Landrecht diesen, wie den wahren Erbverträgen, entgegen den Bestimmungen des römischen Rechts, auf Grund neuerer Rechtsgewohnheit für die Regel die Anerkennung als verbindliche Verträge nicht habe versagen wollen.

IV. Mag nun auch die frühere Praxis, gleich der Ansicht der württembergischen Rechtslehrer, geschwankt haben, in welcher Beziehung auf den Aufsatz von Harpprecht und Hufnagel's Mittheilungen Th. I. S. 211 f. zu verweisen ist, und ist auch der Gerichtshof in Tübingen bei einer Entscheidung vom 28. Juni 1855 in S. St. g. H., wo es sich um einen Vertrag eines Dritten mit den Präsumtiverben eines Verschollenen handelte, der Auktorität Harpprecht's gefolgt, so hat sich doch die neuere Rechts-

[20] Ob diese ausdrückliche Verordnung des Dritten, worunter natürlich nicht eine testamentarische zu verstehen ist, als eine denselben bezüglich seiner Hinterlassenschaft bindende gedacht, und ob ein Gleiches etwa bei der wissentlichen Bewilligung in Th. II. Tit. 31 §. 2 anzunehmen sei, ist schwierig zu entscheiden, und muß hier dahin gestellt bleiben; doch dürfte, wenigstens bei der Einkindschaft, Manches für die Bejahung sprechen.

ſprechung bei uns überwiegend auf die Seite derer, welche den Erbſchaftsverträgen unbedingte Giltigkeit beimeſſen, geneigt und vor allem fällt hiebei der Plenarbeſchluß des Obertribunals vom 4. April 1860 ins Gewicht[21]. In der betreffenden Sache (W. g. M.) iſt zunächſt ſchon die in den Entſcheidungsgründen des Gerichtshofs in Eßlingen angeführte Praxis in dem Vortrage ſeines Referenten weiter damit belegt, daß der dortige Civilſenat, gleichwie (nach glaubwürdiger Mittheilung) derjenige in Ulm dieſe Anſicht befolge, und daß auch der Civilſenat in Ellwangen in einem nach dem Erſcheinen des Aufſatzes von Harpprecht am $\frac{\text{10. Juli}}{\text{21. Auguſt}}$ 1857 entſchiedenen Falle (W. g. H.) daran feſtgehalten habe. Jener Plenarbeſchluß vom Jahre 1860 iſt allerdings kein einſtimmiger. Es wurde von der Minorität unter Berufung auf die Ausführungen von Harpprecht insbeſondere geltend gemacht: ein der Anwendung des römiſchen Rechts entgegenſtehendes deutſches Gewohnheitsrecht laſſe ſich nicht nachweiſen; auch jetzt noch halte die Volksanſicht derartige ohne Wiſſen des Erblaſſers geſchloſſene Verträge für unſchicklich und in der That ſprechen auch legislatoriſche Gründe für die Beſtimmung des römiſchen Rechts, indem ſolche Verträge nur allzuoft aus unlauteren Gründen geſchloſſen werden. Selbſt eine etwaige Abweichung der heutigen Volksanſichten hinſichtlich der legislatoriſchen Gründe der römiſchrechtlichen Beſtimmung würde nicht berechtigen, von dieſer geſetzlichen Beſtimmung abzuſehen. Was aber das württembergiſche Recht anbelange, ſo enthalte gerade die Beſtimmung des L.R. Th. II. Tit. 31 §. 1 und 2 nur die gelegentliche Anwendung der Regel des römiſchen Rechts auf den beſondern Fall der Heiratgutsbeſtellung; den Grund des Durchſtrichs des Worts „gefallen" in Th. II. Tit. 9 §. 7 kenne man nicht und derſelbe beruhe wohl auf einem Zufalle. Die bisherige

[21] Tafel, Civilrechtsſprüche, Bd. IV. S. 187—190.

Praxis endlich sei weder so konstant, daß man um deren willen den der theoretisch richtigeren Ansicht entgegenstehenden Grundsatz auch für die Zukunft anzuwenden Grund hätte, noch könne dieselbe angesichts der landrechtlichen Bestimmung überhaupt aufrecht erhalten werden. Die Majorität dagegen glaubte die behauptete sittliche Verwerflichkeit solcher Verträge nicht zugeben zu können, da nicht immer Leichtsinn und Verschwendung der präsumtiven Erben deren Ursache sei, sondern solche oft durch ganz gute Gründe veranlaßt werden können, wie insbesondere bei den von Präsumtiverben Verschollener über deren künftigen Nachlaß eingegangenen Verträgen der Fall sei, wodurch häufig die ökonomische Lage mancher Familien gesichert und verbessert werde; zumal bei der starken Auswanderung seien derartige Verträge ein wahres Bedürfniß. So wenig die vom römischen Rechte als den guten Sitten widerstreitend verbotenen wahren Erbverträge bei uns ungiltig seien, eben so wenig könne ein Vertrag über die künftige Erbschaft eines Dritten bei uns den guten Sitten widerstreiten. Es scheine noch rücksichtsloser, wenn die Kontrahenten dem Dritten sagen, daß man ihn bei lebendigem Leibe beerbt habe, und man handle schicklicher, wenn man den Vertrag vor ihm geheim halte. Außer der Zulässigkeit der wahren Erbverträge aber biete insbesondere auch die Bestimmung der Lehensgesetze über die Eventualbelehnung eine Analogie für die deutschrechtliche Anschauung [22]. Bezüglich des Landrechts aber erachtete es die Majorität, da Eisengrein an der oben erwähnten Stelle (L.R.A. S. 351) beiderlei Arten von Verträgen (Erb- und Erbschaftsverträge) nicht unterscheide, für mindestens zweifelhaft, ob die Bestimmung in Th. II. Tit. 31 als eine Anwendung des römischrechtlichen Verbots der Erbschaftsverträge aufgefaßt werden dürfe, und von einer Seite wurde insbesonere die Aenderung

[22] Feud. I., 27. II., 26 §. 2. Buddeus in Weiske's Rechtslex. Bd. IV. S. 30 f.

in Th. II. Tit. 9 §. 7 für eine absichtliche, von Enzlin ausgegangene Sanktion der schon damals vielfach verfochtenen Ansicht, daß das römischrechtliche Verbot von Verträgen über die Erbschaft Dritter nicht mehr gelte oder gar nicht recipirt worden sei, erachtet, woneben die Bestimmung bezüglich der Heiratgutsbestellung aus besonderen Gründen ganz wohl als Ausnahme habe stehen gelassen werden können. Jedenfalls aber verlangen bei der großen Zweifelhaftigkeit der Frage Zweckmäßigkeitsrücksichten im Interesse der Rechtssicherheit und der Gleichförmigkeit der Rechtsprechung die fernere Anwendung der bisherigen Thesis, so lange nicht durch die überzeugendsten Gründe deren Unrichtigkeit nachgewiesen sei.

V. Wohl mit Grund hat daher das Obertribunal bei seiner neuesten Entscheidung an seiner bisherigen, zudem auch von der Mehrzahl der höheren Gerichte des Landes getheilten Ansicht festgehalten. Auf alle Fälle aber müssen — und dies ist, wie es scheint, bisher nicht immer genügend beachtet worden — Verträge über die Erbschaft eines Verschollenen für giltig erachtet werden, auch bei Anwendung der Bestimmungen des römischen Rechts, allerdings nicht aus dem Grunde, weil in solchem Falle die vom römischen Gesetzgeber befürchtete Gefahr für das Leben des Dritten nicht eintreten könne: denn cessante ratione legis non cessat lex ipsa; wohl aber darum, weil es im Begriffe der Verschollenheit liegt, daß über das Leben oder den Tod des zu Beerbenden keine Gewißheit zu erlangen ist, und das römische Recht nur die Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten verbietet [22].

[22] So sprechen sich auch in der Jurisprudenz des Code civil, bezw. des badischen Landrechts Stimmen dafür aus, daß das Verbot von Verträgen über die nicht eröffnete Erbschaft eines Dritten auf die künftige Erbschaft an einem Verschollenen nicht anwendbar sei, weil bei der in solchem Falle vorhandenen Ungewißheit über Leben oder Tod des Abwesenden die Voraussetzung des Verbots, daß die Erbschaft eine nicht eröffnete sei, nicht zu konstatiren sei. Stabel,

VI. Anknüpfend hieran mag noch die neuere Gesetzgebung in Betracht gezogen werden, sowie die legislative Seite der Frage, welche ja aus Anlaß der Entwerfung eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs wiederholt zur Erörterung kommen wird.

Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich (Buch V. von 1855) bestimmt in §. 2145 als Regel: „Werden derartige Verträge (d. h. Verträge über die Erbschaft eines Dritten) bei Lebzeiten des dritten Erblassers über eine zukünftige Erbschaft geschlossen, so bedürfen sie zu ihrer Giltigkeit sowohl der notarialischen Fertigung als der Anzeige an den Erblasser."

Durch die Anzeige an den Erblasser soll dieser Gelegenheit erhalten, über den Erbtheil anders zu verfügen, und er ist hiebei durch das Recht des Veräußeres auf den Pflichttheil, welches sogar schon durch eine ohne Mitwirkung des Erblassers erfolgende Veräußerung der Anwartschaft nach §. 2147 verloren gehen soll, nicht beschränkt. Als die praktische Folge dieser Bestimmung wird betrachtet, daß solche Verträge nur da zu Stande kommen, wo sie mit den Familieninteressen nicht in Konflikt gerathen oder der Erblasser einwilligt, daß also ein liederlicher Sohn keinen Käufer und die habsüchtige Spekulation auf solche Veräußerungen eine Schranke finden werde[24]. Handelt

---

Jahrbücher des Großh. badischen Oberhofgerichts N. F. Band IX., S. 365—373. Darauf aber, daß der in das Vermögen eines Verschollenen provisorisch Eingewiesene durch diese Einweisung bereits Rechte erlangt habe, welche eben nur mit einer Resolutivbedingung versehen seien (a. a. O. S. 371) kann die Zulässigkeit von Verträgen über die Erbschaft eines Verschollenen, welche auf die Zeit nach der Todeserklärung hinaus wirken sollen, nicht gestützt werden: denn diese Rechte sind (auch nach Art. 120 ff. des Code civil) andere, als die bei der definitiven Beerbung eintretenden, und Verträge, welche die dem provisorisch Eingewiesenen bereits zustehenden Rechte zum Gegenstande haben, stehen unter ihren besondern Regeln.

[24] Bluntschli, privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen Bd. IV. S. 196.

es sich jedoch um die zukünftige Verlassenschaft von unbekannt Abwesenden, oder läßt sich ein Erbe für seine Anwartschaft auf die (dereinstige) gemeinsame Erbschaft von seinen Miterben oder einzelnen Miterben auskaufen, so genügt die schriftliche Form (§. 2146, 2138). Die erstere Ausnahme wird damit gerechtfertigt, daß das Vermögen des Verschollenen bereits als ein verlassenes Gut zu betrachten und seine Größe, sowie die wirkliche Erbberechtigung meist näher bestimmt sein werde; die zweite damit, daß die Sitte diesen Erbauskauf, insbesondere unter Geschwistern schon seit langem gutgeheißen und ihm größere Wirkungen verschafft habe, als ein rein obligatorischer Vertrag an sich haben kann, und es wird deßhalb dem Erbauskauf in §. 2140 dieselbe Wirkung beigelegt, welche ein wahrer, dem Erblasser gegenüber ausgesprochener Erbverzicht hat, so daß der Auskäufer zur Zeit des Anfalls geradezu an die Stelle des ausgekauften Erben tritt[25].

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern (v. 1861) dagegen bestimmt, sich anschließend an den von Harpprecht zuletzt angeführten großh. hessischen Entwurf, in Th. II. Art. 27:

„Die Erbschaft einer Person oder ein Vermächtniß daraus kann bei Lebzeiten derselben auch nicht mit ihrer Einwilligung Gegenstand eines Vertrags zwischen dritten Personen sein."

und die Motive bemerken hiezu S. 62 (vgl. S. 139 f.): Der Entwurf folge hier der das gemeine Recht überbietenden Strenge des französischen Rechts, weil solche Verträge das sittliche Gefühl verletzen, abgesehen davon, daß sie leicht Veranlassung zu einer Lebensgefahr für die betreffende Person werden können.

Ebenso bestimmt das bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen von 1863 in §. 2563:

„Verträge, welche über die Erbschaft eines bestimmten Dritten bei dessen Lebzeiten geschlossen werden, sind nichtig,

[25] Bluntschli a. a. O. S. 197, 190—192.

ausgenommen, wenn sie mit seiner Einwilligung geschlossen werden und er keine Verfügung trifft, durch welche das den Gegenstand des Vertrags bildende Recht aufgehoben wird."

Sehr getheilt aber waren wiederum die Ansichten bei den Dresdener Berathungen des Entwurfs eines deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse. Der erste Entwurf des Referenten schlug eine dem sächsischen Gesetze nachgebildete Bestimmung vor, welche motivirt wurde einerseits durch die Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte, andererseits damit, daß die Unsittlichkeit, welche in der Spekulation auf den Tod eines Menschen liege, durch die Einwilligung und das Revokationsrecht des Erblassers als gehoben zu betrachten sei. Dem wurde von anderer Seite, um die wenigstens bedingte Giltigkeit solcher Verträge zu empfehlen, beigefügt, daß unter die Bestimmung des Artikels eine Reihe von Verträgen falle, welche offenbar jeder Unsittlichkeit fremd seien. Die unbedingte Giltigkeit wurde weder als bestehendes Gewohnheitsrecht behauptet, noch für das neue Gesetz befürwortet. Dagegen wurde von den Opponenten unter Berufung auf die vielfachen strengeren Bestimmungen älterer und neuerer Gesetze und Entwürfe beantragt, die unbedingte Ungiltigkeit solcher Kontrakte auszusprechen und diese Ansicht erhielt in erster Lesung die Majorität (4 gegen 3 Stimmen). Motivirt wurde dieses Verbot insbesondere mit der in derartigen Kontrakten liegenden Verletzung des sittlichen Gefühls, soferne dieselben meist zu ungerechtfertigten Einwirkungen auf die freie Entschließung des Erblassers, damit derselbe keine neutralisirende Verfügung treffe, führen und um einen Widerruf unmöglich zu machen, oft sogar Anreiz zu Lebensnachstellungen darbieten; die Einwilligung werde in der Regel eine durch allerlei Vorstellungen abgetrübte sein und die leicht aus solchen Kontrakten hervorgehende Störung der Familieneintracht nicht beheben [26].

[26] Dresdener Konferenz-Protokolle S. 115—117, 253, 237.

In zweiter Lesung wurde beigefügt, daß es sich hauptsächlich auch darum handle, der Verschleuderung eines künftig zu erwartenden Erbtheils vorzubeugen. Zudem werde mit der Zulassung dieser Verträge unter der Bedingung der Einwilligung des Dritten dann, wenn dieser an seine Einwilligung nicht gebunden sei, nichts bezweckt. Auseinandersetzungen und Vereinbarungen dagegen, welchen der Erblasser als Mitkontrahent beitrete, seien auch durch das absolute Verbot der Erbschaftsverträge nicht ausgeschlossen [27].

Es wurde aber nunmehr die Abänderung des Entwurfs erster Lesung im Sinne der römisch-rechtlichen Bestimmung beantragt. Gegen das unbedingte Verbot wurde geltend gemacht, daß hiedurch selbst Verträge, welche gesetzliche Miterben über die Theilung eines ihnen künftig zufallenden Nachlasses schließen, und einfache Erbverzichtsverträge unter denselben ausgeschlossen würden. Derartige Verträge seien in manchen Gegenden so gebräuchlich und hängen mit den Eigenthümlichkeiten erbrechtlicher Verhältnisse, namentlich in Beziehung auf gewisse bäuerliche und bürgerliche Güter, so eng zusammen, daß sie nicht entbehrt werden können; sie seien dort längst durch die Sitte geheiligt und es sei daran nichts Unsittliches oder auch nur Gehässiges zu finden. Sie seien ferner nothwendig, um die Auseinandersetzung der Familienglieder z. B. bei Auswanderung eines derselben zu ermöglichen. Daß der Erblasser als Mitkontrahent beitrete, sei häufig nicht möglich oder doch von ihm nicht zu erlangen.

Uebrigens fand jetzt auch die Ansicht, daß solche Erbschaftsverträge unbedingt für giltig zu erklären seien, Vertretung in der Erwägung, daß, wenn man dem praktischen Bedürfnisse das Uebergewicht einräume, die Voraussetzung der Einwilligung des Dritten nur ein Hemmniß sei, und die Revokabilität dieser Einwilligung die wesentlichste prak-

---

[27] A. a. O. S. 3884, 3881, 3885 f.

tiſche Bedeutung dieſer Verträge abſchwäche [28]. Da die Aufrechterhaltung des unbedingten Verbots die Majorität nicht mehr erlangte, ſo gab die entſcheidende Stimme des Vorſitzenden den Ausſchlag für die Annahme des jetzt im Entwurfe aufgenommen Art. 33:

„Verträge über die Erbſchaft eines beſtimmten Dritten oder über einen Theil derſelben oder über einen einzelnen Gegenſtand aus derſelben können bei Lebzeiten des Dritten nur mit deſſen Einwilligung giltig abgeſchloſſen werden."

VII. Iſt man bei dieſem Widerſtreite der Anſichten für die Wahl des von der künftigen gemeinſamen Geſetzgebung einzuſchlagenden Weges auf eine wiederholte Prüfung der Gründe für und wider hingewieſen, ſo wird man vor allem auf die Natur des Objekts der in Frage ſtehenden Verträge zurückzugehen haben. Denn wenn der Geſetzgeber Anlaß zu haben glaubt, die Vertragsfreiheit bezüglich der künftigen Erbſchaft eines beſtimmten Dritten auszuſchließen oder zu beſchränken, ſo werden die Gründe hiefür wohl in dem Weſen des Erbrechts zu ſuchen ſein. Als Erwerbstitel betrachtet unterſcheidet ſich dieſes weſentlich von anderen Vermögenserwerbstiteln. Bei demjenigen, welchem ein ſolcher anderweiter (nicht erbrechtlicher) Erwerbstitel, ein Forderungsrecht, oder auch nur die Hoffnung auf einen Rechtserwerb unter Lebenden zuſteht, kann der Umſtand, daß er nur ein noch nicht realiſirtes Recht auf den Erwerb oder eine bloße Hoffnung darauf hat, in der Regel keinen Grund zu einer Beſchränkung in der Verfügung über ſein Forderungsrecht oder über den nur gehofften Erwerb abgeben; zur Beſchränkung in der Verfügung wird ſolchen Falls vielmehr der Geſetzgeber ſich nur da berechtigt halten, wo der künftig zu erwerbende Gegenſtand aus beſonderen, dieſen betreffenden Gründen

[28] A. a. O. S. 3882—87.

Verkehrsbeschränkungen unterworfen ist[29]. Anders verhält es sich bei der Erbanwartschaft. Die Erbberechtigung beruht im Allgemeinen darauf, daß die Gesellschaft und der Staat eine Vermögensmasse, welche mit dem Tode ihres Inhabers herrenlos würde, und entweder dem allgemeinen Okkupationsrechte oder einem vom Staate in Anspruch genommenen Vorrechte an herrenlosem Gute anheimfiele, denjenigen überlassen, welchen der bisherige Inhaber vermöge der im Familienzusammenhang präsumirten oder in einer letztwilligen Verfügung zum Ausdruck gebrachten Zuneigung es zugewendet wissen wollte oder doch hätte zuwenden sollen; nicht aber soll das Vermögen des Verstorbenen irgend einem Dritten, zu welchem jener keine solche Beziehung hatte, zukommen. Daraus ergibt sich, daß, wo der Anwärter durch verfrühte Verfügung über das zu hoffende Erbe das Band, welches die Grundlage seiner künftigen Berufung bilden soll, selbst zerrissen hat, sein Vorrecht auf jenes Vermögen, von selbst dahin fällt[30], also auch der Dritte von ihm kein Recht erwerben kann und die Anwartschaft auf denjenigen, welcher nach dem Veräußerer durch Verwandtschaft oder durch eventuelle Verfügung des Erblassers berufen ist, übergeht. Ganz konsequent hat daher, wie mir scheinen will, das römische Recht mit der Ungiltigerklärung der Verträge über die Erbschaft eines lebenden Dritten die Entziehung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit verbunden — allerdings geläuterten Anschauungen entgegen zu Gunsten des Fiskus[31]. Aehnliche Gedanken haben wohl auch das

---

[29] Wächter, württ. Privatrecht Bd. II. S. 608—610.

[30] In diesem Sinne kann man, weil sich erst mit dem Tode des Erblassers entscheidet, ob das gewollte oder gesetzlich präsumirte Band zwischen Erblasser und Anwärter besteht, mit den römischen Juristen sagen „vivi non est hereditas", obwohl die letzteren diesen Satz auch in einem weiteren Sinne gebrauchen und weitergehende Konsequenzen daraus ziehen, als dies im Texte später geschieht. Vgl. Böcking, Pandekten §. 89 Note 7, §. 108 Note 5.

[31] L. 29 §. 2, l. 30 D. de donationibus (39, 5): „quoniam

Züricher Gesetzbuch geleitet, wenn dasselbe im Falle der Veräußerung der Erbschaft eines noch Lebenden ohne dessen Mitwirkung dem dereinstigen Erben wenigstens das Recht entzieht, sich gegen die letztwilligen Verfügungen des Erblassers aus dem Grunde der Verletzung des Pflichttheils zu beschweren [32].

Die Gründe, welche hienach dazu bestimmen, Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten für ungiltig zu erklären, motiviren aber zugleich die Beschränkung des Verbots. In denjenigen Fällen nämlich, in welchen der Erbe nur seinen präsumtiven Erbtheil an seine Miterben oder an denjenigen, welcher bei seinem Wegfallen an seine Stelle tritt, veräußert, wird durch diesen Akt regelmäßig [33] nur der Zustand herbeigeführt, welcher auch eingetreten sein würde, wenn jener schon jetzt gestorben oder durch einen dem Erblasser gegenüber erklärten Verzicht ausgeschieden wäre: das Erbe soll also dem Erbschaftsvertrage zufolge demjenigen zukommen, welchem es auch der Inhaber des Vermögens nach dessen zu vermuthendem oder ausgesprochenem Willen auf seinen Todesfall hinterlassen wollte, wenn jener Nächstberufene ausgefallen wäre. Das Gesetz hat daher keinen Grund, einer solchen Transaktion unter den Anwärtern, welche dem Grundgedanken des Erbrechts nicht zuwiderläuft, entgegenzutreten [34], und es dürfte somit in solchem Falle

---

adversus bonos mores et jus gentium festinasset, ei ut indigno auferatur hereditas." Einen ähnlichen Grund hat das Recht zum Widerruf einer Schenkung unter Lebenden wegen Undankbarkeit.

[32] Bluntschli, Erläuterungen a. a. O. S. 198 Ziff. 2: Hat einmal ein Erbe sein zukünftiges Erbrecht außerhalb der Familie veräußert, so soll er sich nicht gegen die letztwilligen Anordnungen des Erblassers darauf berufen können, daß die Familienpietät gegen ihn durch Entzug des Pflichttheils verletzt werde.

[33] Ausnahmsweise können allerdings durch Todesfälle im Kreise der Anwärter Aenderungen in der Erbfolge sich ergeben.

[34] Auch der Satz „vivi non est hereditas" in dem weiteren Sinne, in welchem ihn die römischen Juristen gebrauchen (Note 25),

weder die Ungiltigkeit des Vertrags, noch die Unwürdigkeit des veräußernden Präſumtiverben begründet ſein; letzterem wird vielmehr gegen Abtretung ſeines Erbtheils der Vortheil, welchen er ſich von den mit oder nach ihm präſumtiv Berufenen bedungen hat, zu belaſſen ſein, und das ſelbſt in dem Falle, wenn die Einwilligung des künftigen Erblaſſers zu der Veräußerung nicht eingeholt worden iſt [35]. Die Gründe der Schicklichkeit und Pietät, aus denen die Einholung einer ſolchen Zuſtimmung verlangt wird, mögen ſich mit den Gegengründen, welche gerade in der Eröffnung an den Erblaſſer, daß man bei ſeinen Lebzeiten ſich über ſeine Habe vertragen habe, eine Rückſichtsloſigkeit finden, etwa die Wage halten. Jedenfalls wird es zahlreiche Fälle geben, in welchen derartige Abmachungen innerhalb der Familie (ſog. Erbauskäufe) etwas ganz Gerechtfertigtes und, insbeſondere in Fällen der Auswanderung, ein wahres Bedürfniß ſind, die Zuſtimmung des Erblaſſers aber aus irgend einem Grunde nicht zu erlangen iſt oder aus ſchonender Rückſicht nicht eingeholt werden will. Man wird ſich auch nicht täuſchen, wenn man annimmt, daß die Volksanſicht derartige Verträge innerhalb des Kreiſes der Erbanwärter als etwas Erlaubtes betrachtet, und wird den Zwieſpalt der Anſichten über die ſittliche Verwerflichkeit oder die Unverfänglichkeit der Erbſchaftsverträge überhaupt gerade darauf zurückführen dürfen, daß die einen vorzugs-

---

kann dazu nicht beſtimmen: denn Verträge über künftige Sachen — und nichts anderes iſt ja die Erbſchaft eines noch Lebenden — ſind an ſich rechtlich ganz zuläßig.

[35] Es mag ſich ſogar empfehlen, einem ſolchen Erbſchaftsvertrag unter Anwärtern — allerdings gegen die ſtrenge Rechtskonſequenz — erbrechtliche Wirkung beizulegen, alſo das dem Veräußerer zuſtehende Erbrecht, falls daſſelbe beim Tode des Dritten beſteht, als auf den Erwerber übergegangen zu behandeln, wie dies das Züricher G.B. §. 2140 thut. Dies dient nicht nur zur Vereinfachung des Rechtsverhältniſſes und zur ſichereren Realiſirung der Abſicht des Kontrahenten, ſondern läßt ſich auch damit motiviren, daß beim Ausſcheiden des Veräußerers der Erbſchaftserwerber von ſelbſt nächſter Anwärter wäre.

weise die Veräußerung an einen Fremden, die anderen hauptsächlich Familientransaktionen im Auge haben.

Als Zeugniß für jene Volksanschauung dürfen neben den Aeußerungen in der Dresdener Konferenz dem Obigen zufolge die Züricher Gesetzgebung, sowie die von Harpprecht nicht vollständig angeführten Bestimmungen des preußischen Landrechts angesehen werden, wogegen die Verbote des französischen und österreichischen Gesetzbuchs und der ihnen folgenden Entwürfe theils daraus zu erklären sind, daß dort auch die wahren Erbverträge (ausgenommen in Verbindung mit Eheverträgen) verworfen sind, theils, was den Code civil anlangt, daraus, daß diesem jeder Verzicht auf eine noch nicht eröffnete Erbschaft aus Antipathie gegen das hiedurch getragene Institut der Stammguts- und Fideikommißfolge zuwider ist [36].

Das preußische Landrecht ist als ein Zeugniß dafür, daß bei uns Verträge über die künftige Erbschaft innerhalb der Familie für nichts Anstößiges gehalten werden, angeführt worden: denn dasselbe läßt Verträge, wodurch einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt wird oder die Theilung einer solchen Erbschaft im Voraus angeordnet wird, unter denjenigen gelten, welche zu einer solchen Erbschaft als gesetzliche Miterben berufen sind, wogegen dergleichen Verträge zu Gunsten eines Fremden nur gelten, wenn derjenige, über dessen Nachlaß verfügt werden soll, dem Vertrag als Mitkontrahent ausdrücklich beitritt;

---

[36] Mittermaier, deutsches Privatrecht (6. Aufl.) §. 452 Note 53 und 57: In Frankreich war die Ansicht, daß nur den Ehegatten Erbverträge erlaubt seien; allein beim Adel waren sie nach allgemeiner Gewohnheit allgemein gestattet. Ein Gesetz vom Nivose Jahr II. hob alle Erbverträge auf. Im Code ging man von derselben Ansicht insoferne aus, daß man die verzichtenden Erbverträge verbot — und zwar ganz allgemein Art. 791 (man dachte an die adeligen Verzichte); allein man gestattete — in gewissen Grenzen — Erbverträge im Ehevertrage, Art. 1082, 1091 ff. — Vgl. Renaud im Magazin für badische Rechtspflege Bd. I. (1854) S. 177 ff. insbes. S. 185. Locré, la legislation civile, Tome X. p. 256, 257.

letzteres Erforderniß soll übrigens durch gerichtliche Abschließung des Vertrags ersetzt werden können, wenn derjenige, über dessen künftige Erbschaft ein solcher Vertrag geschlossen wird, eine verbindliche Willenserklärung abzugeben unfähig ist [37]. Als Gründe des Verbots des Verkaufs einer künftigen Erbschaft hatten die Redaktoren angeführt, daß bei einem Geschäfte, wo der Gegenstand so sehr ungewiß sei, gewöhnlich auf der einen oder anderen Seite eine Betrügerei vorfalle, überhaupt demselben Leichtsinn und Wucher zu Grunde liege [38]. Dagegen wurde, als dieses Verbot auf alle Entsagungsverträge ausgedehnt werden wollte, der Einwendung, daß Erbverträge über den Nachlaß eines Dritten nach gemeinem deutschen Rechte giltig seien, insoweit Rechnung getragen, daß derartige Verträge unter gesetzlichen Miterben und im Falle der Unfähigkeit des Dritten zu einer Willenserklärung — welchem Falle die Verschollenheit gleichgestellt werden will — zugelassen wurden [39].

Wenn nun im Obigen die Zulassung solcher Verträge in noch etwas weitergehendem Maße befürwortet wird, als dies nach dem preußischen Landrechte, dessen Bestimmungen übrigens mehrfach an Unklarheit leiden, und nach dem Züricher Gesetzbuche der Fall ist, nämlich nicht nur unter gesetzlichen Miterben, sondern überhaupt zwischen demjenigen, der zunächst zur ganzen Erbschaft oder einem Theile derselben berufen ist und denjenigen, welche mit ihm oder in Ermanglung von Miterben *unmittelbar nach ihm* berufen werden, so findet dies sicherlich seine Rechtfertigung in dem Grunde, welcher überhaupt auf die Zulässigkeit solcher Transaktionen geführt hat, und insbesondere ist nicht zu verkennen, daß das praktische Bedürfniß in beiden

[37] Pr. L.R. Th. I. Tit. 12 §. 649, 650, 653, 654.

[38] Bornemann, system. Darstellung (2. Auflage) Bd. VI. S. 346 f.

[39] Bornemann a. a. O. S. 151. Förster, preuß. Privatrecht, Bd. IV. S. 245 f.

Fällen ganz das gleiche sein wird. Prinzipiell haben die Zuläßigkeit in diesem weiteren Sinne eigentlich auch schon die erwähnten Gesetzgebungen anerkannt, insoferne auch die Miterben eben solche Personen sind, welchen der Erbtheil des Veräußerers oder Verzichtenden bei dessen Austritt ohnehin zufiele. Wenn übrigens sowohl von jenen Gesetzgebungen, als in dem obigen Vorschlage der Zuläßigkeit der Verträge unter Miterben die dem Prinzipe entsprechende Schranke, daß dem gleichzeitig oder in zweiter Linie Berufenen nicht mehr von dem präsumtiven Erbtheil des Veräußerers zugewendet werden dürfe, als ihn bei dessen Wegfall in Konkurrenz mit den übrigen Anwärtern treffen würde, nicht gesetzt wird[40], so wird sich für diese Abweichung anführen lassen, daß der einzelne Mit- oder Nacherbe, welcher den Erbtheil des Veräußerers allein erhalten soll, doch wenigstens eventuell auch zu diesem ganzen Erbtheil berufen ist, und daß eine solche Beschränkung eine unliebsame Kasuistik und Verwicklungen in der Durchführung im Gefolge haben müßten.

VIII. Es erübrigt zunächst zu erörtern, ob nicht auch der Veräußerung an einen Fremden, um den Ausdruck des preußischen Landrechts zu gebrauchen, Giltigkeit soll verschafft werden können etwa durch eine einfache Anzeige an den zu Beerbenden oder wenigstens durch dessen Zustimmung, sei diese letztere als eine beliebig widerrufliche oder doch als solche gedacht, welche den Zustimmenden an einer anderweiten letztwilligen Verfügung nicht hindert. Wo der Dritte, über dessen künftige Erbschaft paktirt wird, dem Vertrage als Mitkontrahent beitritt, so daß er selbst vertragsmäßig gebunden ist, da ist natürlich

---

[40] Vgl. insbesondere Züricher G.-B. §. 2133: Jeder Erbe ist berechtigt, sich für seine Anwartschaft von seinen Miterben oder von einzelnen Miterben auskaufen zu lassen.

die Giltigkeit der Veräußerung nicht zu beanstanden, soferne und soweit die Gesetzgebung überhaupt wahre Erbverträge zuläßt. Es liegt dann nicht blos ein obligatorischer Vertrag zwischen den ersten Kontrahenten vor, sondern das Verhältniß löst sich auf in einen Erbverzichtsvertrag (zwischen dem Veräußerer und dem künftigen Erblasser), einen sogen. Erbeinsetzungsvertrag (zwischen dem künftigen Erblasser und dem Erbschaftserwerber) und einen Vertrag zwischen den beiden ersten Kontrahenten, dessen Gegenstand aber in Wahrheit nicht die Veräußerung der dem einen künftig anfallenden Erbschaft an den anderen, sondern der von jenem jetzt schon erklärte Erbverzicht, in der Regel gegen eine bedungene Abfindung, bildet.

Wenn dagegen der zu Beerbende dem Vertrage nicht in solcher Weise beitritt, wird man die Giltigkeit des Veräußerungsvertrags unter der Voraussetzung einer bloßen Anzeige an den Erblasser, wie sie das Züricher Gesetzbuch anordnet, nicht befürworten können. Diese Erleichterung derartiger Verträge steht nicht im Einklang mit den Gründen, aus welchen oben die Ungiltigkeit der Veräußerung der künftigen Erbschaft an einen Fremden abgeleitet wurde. Will man auch sagen, durch die Anzeige erhalte der Erblasser Anlaß, wenn er die Veräußerung nicht billige, anderweit letztwillig zu verfügen, und will man, um ihm diese Befugniß vollwirksam zu wahren, mit dem Züricher Gesetzbuch ihn von der Berücksichtigung der Pflichttheilsberechtigung der Veräußerers (und konsequent wohl auch der vertragsmäßigen Erbrechte desselben) entbinden, so erscheint es doch immer nicht gerechtfertigt, daß er, um der Interessen des Veräußerers willen, zu einer letztwilligen Verfügung genöthigt werde und die Gefahr übernehmen müsse, daß diese in Folge irgend eines Zufalls oder Ungeschickes vereitelt werde oder ungiltig ausfalle, oder aber wegen Kürze der Zeit gar nicht mehr errichtet werden könne.

Ob nun aber solche Verträge unter — für den Erblasser nicht bindender — Zustimmung desselben giltig sein

ſollen, wie nach römiſchem Rechte, dem ſächſiſchen Geſetzbuche und dem Dresdener Entwurfe, oder aber unbedingt ungiltig, wie nach franzöſiſchem und öſterreichiſchem Rechte, darüber kann man ſehr im Zweifel ſein. Den Grundgedanken des Erbrechts, aus welchen oben argumentirt worden iſt, widerſpricht unter dieſer Vorausſetzung die Veräußerung der künftigen Erbſchaft an einen Fremden nicht, wenigſtens nicht direkt; auch aus dem Geſichtspunkte des vielfach wucherlichen Charakters ſolcher Geſchäfte, — wenn dieſer Grund bei dem heutigen Stande der Wuchergeſetzgebung überhaupt noch zutreffen könnte — würde ſich im Falle der Zuſtimmung des zu Beerbenden das Verbot nicht rechtfertigen laſſen. Wohl aber kann es als etwas Unnatürliches betrachtet werden, daß auf dieſe Weiſe ſollen Vertragsrechte geſchaffen werden können, deren Beſtand lediglich von dem fortdauernden Willen eines Dritten abhängt. Mit Geſchäften dieſer Art iſt alſo in unerwünſchteſter Weiſe ein Zuſtand der Ungewißheit in den künftigen Rechten des einen und andern Theils verbunden, ein Zwitterzuſtand, der zu mißlichen Verwickelungen und Umtrieben aller Art, insbeſondere zu unerlaubten oder wenigſtens unſittlichen Einwirkungen auf den zu Beerbenden, zu Einſchüchterung desſelben oder, um einen Widerruf der Zuſtimmung unmöglich zu machen, ſogar zu Gefahren für das Leben desſelben führen kann. Schon die Zuſtimmung wird, wenn, wie nicht ſelten in ſolchen Fällen zutrifft, der Erblaſſer eine willensſchwache Perſon iſt, häufig mit unlautern Mitteln zu erlangen geſucht werden, und dagegen werden ſelbſt erſchwerende Formen, welche übrigens gerade bezüglich der Zuſtimmung des Erblaſſers die bisherige Geſetzgebung vermiſſen läßt, nicht den wünſchenswerthen Schutz gewähren. In der That ſcheint aber auch kein Bedürfniß vorzuliegen, die Veräußerung einer erwarteten Erbſchaft an einen Fremden mit (widerruflicher) Zuſtimmung des Erblaſſers für zuläſſig zu erklären: denn im Weſentlichen kann derſelbe Zweck erreicht werden, wenn

der Anwärter den Erblaſſer im Intereſſe des Andern, welchem er ſeine künftige Erbſchaft zuwenden will, beſtimmt, zu deſſen Gunſten teſtamentariſche Verfügung zu treffen und demſelben hievon glaubhafte Mittheilung zu machen. Angeſichts der Garantien, mit welchen Errichtung und Widerruf eines Teſtaments von der Geſetzgebung umkleidet wird, greifen, wenn dieſer Weg eingeſchlagen wird, auch die Befürchtungen, welche gegen die Geſtattung der Veräußerung einer künftigen Erbſchaft an einen Fremden ſprechen, nicht in gleicher Weiſe Platz. Alles wohl erwogen ſcheint demnach allerdings das unbedingte Verbot der Veräußerung einer künftigen Erbſchaft an einen Fremden den Vorzug zu verdienen.

IX. Richtiger Weiſe wird das Verbot auch auf Verträge über die von einer unbeſtimmten Perſon künftig anfallenden Erbſchaften zu erſtrecken ſein, wenngleich dieſe nach römiſchem Rechte unbedingt zuläſſig ſind[41]. Die Gründe, welche nach dem Obigen für das Verbot der vorzeitigen Verfügung über eine noch nicht angefallene Erbſchaft entſcheidend erſcheinen, treffen in dieſem Falle vollſtändig zu. Auch wird nicht zu beſtreiten ſein, daß, wie die Motive zu dem Entwurfe eines Geſetzes in Betreff der Verträge über Erbſchaften und der Eheverträge bemerken, gerade Verträge dieſer Art argliſtiger Täuſchung und Verführung einen weiten Spielraum eröffnen[42]; daß ein praktiſches Bedürfniß für die Zulaſſung ſolcher aleatoriſchen Verträge, worauf außer bei Eingehung einer Gütergemeinſchaft nicht leicht Jemand verfallen wird, nicht vorliegt und daß ihre Zulaſſung nur Anlaß zur Umgehung des Verbots der Verträge über die Erbſchaft eines beſtimmten

---

[41] L. 3 §. 2 D. pro socio (17, 2).

[42] Angeſ. Entwurf vom Jahr 1840, S. 58; vgl. Bolley Entwürfe von Geſetzen für das Königreich Württemberg 1835, Seite 293 f.

Dritten geben könnte. Das französische Gesetzbuch verbietet diese Verträge gleichfalls [43].

X. Dagegen werden von dem Verbote auszunehmen sein Verträge über die künftige Erbschaft eines Verschollenen, welchen insoferne unbedingte Giltigkeit beizulegen sein wird, als nicht der Zustand der Verschollenheit vor dem Tode des zu Beerbenden aufhört, also nicht blos unter den Präsumtiverben, sondern auch zwischen einem Präsumtiverben und einem Dritten. Hiefür reicht zwar auf legislativem Standpunkte der oben bei Note 18 angeführte Grund nicht aus. Dagegen wird für die Zulassung der Veräußerung auch an einen Fremden von dem Zeitpunkte an, wo die provisorische Vermögensaussolge begründet ist, die Rücksicht entscheidend sein, daß ja das von dem Verschollenen früher innegehabte Vermögen thatsächlich nicht nur nicht mehr seiner Verfügung unterliegt, sondern auch bereits in den Besitz des Präsumtiverben gekommen, für diesen ein nutzbares Gut geworden ist, und überdies in der Regel mit ziemlicher Sicherheit bestimmt werden kann, wem dasselbe zur Zeit der Todeserklärung zufallen werde. Der Präsumtiverbe also, der hieraus durch Veräußerung seines ganzen Anrechts noch weiteren Nutzen ziehen will, steht der Sache und dem Effekte für den bürgerlichen Verkehr nach — demjenigen, welcher bereits Erbe geworden ist, weit näher, als demjenigen, welcher nur die Anwartschaft auf die Erbschaft eines Anwesenden hat [44]. Die Zulassung der Veräußerung der künftigen Erbschaft an einem Verschollenen, welche überdies durch volkswirthschaftliche Gründe gerechtfertigt ist und an welcher auch Niemand etwas Anstößiges finden wird, geräth daher mit den oben als leitend angenommenen Grundsätzen nicht in Widerspruch: nur ist

---

[43] Art. 137; vergl. Renaud im Magazin für badische Rechtspflege Bd. I S. 184. Das preuß. L.R. und das österr. G.B. berühren diesen Fall nicht.

[44] Vergl. auch Bluntschli, Erl. a. a. O. S. 197 Ziff. 2, und oben S. 103 u. 104.

dabei vorauszuſetzen, daß die ſonſtigen Rechte des proviſoriſch Eingewieſenen für die Zeit bis zur Todeserklärung ſo geordnet ſind, daß dadurch einer gleichzeitigen Abtretung auch dieſer, ohne welche ja die Veräußerung der künftig definitiv anfallenden Erbſchaft wenig Bedeutung hätte, kein Hinderniß bereitet iſt [45].

XI. Nicht in gleichem Maße durchſchlagend ſind die Gründe, welche für die Geſtattung der Veräußerung der künftigen Erbſchaft an einer dispoſitionsunfähig gewordenen Perſon angeführt werden können. Daß jedoch in der Praxis der Gerichte die Neigung, hier den Erbſchaftsvertrag als giltig zu behandeln, vorhanden iſt, wird ſich kaum beſtreiten laſſen, und auch das preußiſche Landrecht (I, 12 §. 653) hat dem beigepflichtet. In der That ſteht der präſumtive Erbe eines Willensunfähigen dem Vermögen desſelben bereits näher, als derjenige eines Willensfähigen, welcher jeden Augenblick die Anwartſchaft durch eine letztwillige Verfügung vereiteln oder wenigſtens erheblich ſchmälern kann, und in manchen Fällen wird durch die Anticipation der Vortheile der dereinſtigen Erbſchaft eines im Irrenhauſe gleichſam Begrabenen der Nahrungsſtand ſeiner Anverwandten in einer Weiſe, welche nationalökonomiſch nicht zu beanſtanden iſt, verbeſſert werden können. Einwirkungen auf jenen, um ihn an einer ſtörenden Willensverordnung zu hindern, ſind undenkbar, und ſo wird man wohl in der Regel hier in der Verfügung über das künftige Erbe, auch wenn es ſich nicht auf den Kreis der Anwärter beſchränkt, nichts Verfängliches erblicken dürfen. Allerdings werden dadurch die grundſätzlichen Bedenken, welche ſich überhaupt der Veräußerung künftiger Erbſchaften an Fremde entgegenſtellen, nicht vollſtändig beſeitigt, und wenn man ſich gleichwohl

[45] Die Uebertragung dieſer an dem Vermögen des Verſchollenen ſchon beſtehenden Rechte auf einen Fremden wird z. B. nach dem badiſchen Landrechte für unzuläſſig erachtet in den Jahrb. des bad. Oberhofgerichts a. a. O. S. 372, vgl. S. 367—368.

hier für die Zulassung überhaupt oder wenigstens von einem bestimmten Zeitpunkte nach erfolgter Entmündigung an entscheidet, so dürfte, um Gefahren für die Person des zu Beerbenden und Unlauterkeiten möglichst vorzubeugen, die (nicht widerrufliche) Zustimmung des Vormunds und Genehmigung der Vormundschaftsbehörde zu erfordern sein. Auf alle Fälle aber sollte das Gesetz keinen Zweifel lassen, wie hier der Erbschaftsvertrag zu behandeln ist.

XII. Den vorstehenden Ausführungen zufolge dürfte für die künftige deutsche Gesetzgebung als Regel das Verbot der Verträge über die künftige Erbschaft eines bestimmten oder unbestimmten lebenden Dritten (einschließlich der Verträge über einen Theil der Erbschaft oder einen einzelnen Gegenstand aus derselben) sich empfehlen, als Ausnahme aber die Gestattung derselben mit solchen Personen, welche mit dem Anwärter in die Anwartschaft sich theilen, oder, wo er der einzige ist, nach ihm die nächste Anwartschaft haben, sowie der Verträge über die künftige Erbschaft eines Verschollenen von dem Zeitpunkte der provisorischen Vermögensausfolge an; ob auch eines Entmündigten, möchte ich eher verneinen. Ob als Folge des Abschlusses eines verbotenen Vertrags nur die Nichtigkeit des Geschäfts oder auch der Entziehung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit des Veräußerers festzusetzen sei, muß der Regelung des letzteren Instituts im Erbrechte vorbehalten bleiben.

Werden für einzelne Gattungen von Verträgen sichernde Formen, wie Konsens einer Behörde, gerichtliche oder notarielle oder schriftliche Fertigung, vorgeschrieben, so sind gerade die hier besprochenen Verträge, soweit sie überhaupt zugelassen werden, solche, bei welchen diese erschwerenden Formen, allerdings bei Verträgen unter den präsumtiven Miterben in geringerem Grade, als bei der Veräußerung an Fremde wohl angebracht sein werden.

Uebrigens ergibt diese Darstellung, daß die Frage von der Giltigkeit und den Erfordernissen der Verträge über die zukünftige Erbschaft eines Dritten, wenn sie auch

an sich dem Obligationenrechte angehört, doch nur im Zusammenhange mit der Lehre vom Erbrechte und insbesondere von den Erbverträgen, auf welche hier nicht weiter einzugehen ist [46], mit voller Sicherheit gelöst werden kann.

Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung.

Von Dr. Sarwey.

Nach langen und ausführlichen, zum Theil sehr bewegten Verhandlungen hat der Reichstag schließlich in seiner Sitzung vom 15. Januar 1875 den von dem Reichskanzler mit Note vom 6. Januar 1875 zur verfassungsmäßigen Beschlußfassung vorgelegten Entwurf eines Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung, wie solcher vom Bundesrathe beschlossen worden und mit wenigen Abänderungen aus der zweiten und dritten Lesung hervorgegangen war, in namentlicher Schlußabstimmung mit 207 gegen 72 Stimmen (Centrum und Polen) angenommen. In der Nr. 4 des Reichsgesetzblattes ist das Gesetz mit dem Datum vom 6. Februar 1875 erschienen.

Der lange Zeit für und gegen die obligatorische Civilehe geführte Kampf ist hiemit nunmehr auch für Württemberg entschieden, und daß diese Entscheidung nicht länger hinausgeschoben werden konnte, zeigt ein Rückblick auf den bis dahin bestandenen Rechtszustand.

Auf keinem Gebiete, auf welchem sich der Staat und die Kirche berühren, stehen sich die Ansprüche des Staats

---

[46] Das Bedürfniß des sog. Erbeinsetzungsvertrags, welchen übrigens in neuester Zeit verschiedene Rechtslehrer für eine (einseitige) Erbeinsetzung mit vertragsmäßigem Verzicht auf die Testirfreiheit erklären (Hartmann, zur Lehre von den Erbverträgen S. 2—12; Unger, österr. Privatrecht, Bd. VI. S. 114 ff., bes. N. 3 und 4; Förster, preuß. Privatrecht, Bd. IV. S. 31—33), wird geleugnet von Förster a. a. O. S. 46.

und der katholischen Kirche so direkt und in einem so unlöslichen Gegensatz gegenüber, als bezüglich der Ehe.

Die Ehe ist nach der Lehre der katholischen Kirche ein Sakrament und folgerichtig sind die Ehesachen, also alle die Schließung, Erhaltung und Auflösung des Ehebandes betreffenden Angelegenheiten Gegenstand der kirchlichen Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung (res. ecclesiasticæ). Das Conc. Trid. XX c. 1 de matr. bestimmt:

> Si quis dixerit, matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicæ sacramentis a Christo domino institutum, sed ab hominibus in ecclesia inductum neque gratiam inferre, anathema sit.

Uebrigens ist, obwohl das Concil. trid. als wesentliche Form der Eingehung die Willenserklärung der Nuptrienten vor dem zuständigen Pfarrer und zwei Zeugen verlangt und der kirchlichen Einsegnung erwähnt, der sacramentale Charakter der Ehe hiedurch nicht bedingt. Wenigstens hat die katholische Kirche in Anerkennung der unzweifelhaft vor dem Tridentinum gültigen Kirchenlehre, daß die gegenseitige Konsenserklärung durch verba de præsenti für sich allein eine wahre Ehe mit der Eigenschaft der Sakramente hervorbringe,[1] auch nach dem Trid. die Gültigkeit von nicht vor dem Geistlichen geschlossenen Ehen angenommen, wo sie die Verkündigung des Tridentinum nicht durchsetzen konnte. So hat Pabst Benedikt XIV. in einer Deklaration für die vereinigten Niederlande vom 4. Nov. 1741 die Ehen unter Häretikern, sowie die Ehen zwischen Katholiken und Häretikern für gültig erklärt, auch wenn die Form des Conc. trid. nicht beobachtet worden, wofern nur kein anderes kanonisches Hinderniß im Wege stehe, so daß Keiner der Ehegatten unter dem Vorwande der Nichtigkeit der Ehe zu einer neuen Verbindung solle schreiten können. Daß dieses Breve auch für Deutschland

---

[1] c. 2 X de cland. desp. Bienер, zur Geschichte der Civilehe Bd. XX. der Zeitschrift für deutsches Recht S. 119 ff.

gilt, wo das Conc. trid. wie in den Niederlanden nicht allgemeiner Gültigkeit ſich erfreut [2], wird vielfach, wenn gleich nicht ohne Widerſpruch, behauptet. Wie es ſich aber auch hiemit verhalten mag, immer hielt die kathol. Kirche an dem Grundſatze feſt, daß in Eheſachen weder die Geſetzgebung noch die Jurisdiktion des Staats von der Kirche anerkannt werden könne und für ſie bindend ſei. So war es leicht erklärlich, daß wie bei Berathung dieſer Frage in der preußiſchen Ständeverſammlung, ebenſo bei den Verhandlungen hierüber im Reichstage der Entwurf von der Fraktion des Centrums auf's Stärkſte bekämpft wurde.

Die proteſtantiſche Kirchenlehre über die Ehe unterſcheidet ſich hierin weſentlich von der katholiſchen. Von den Reformatoren wurde ausdrücklich anerkannt, daß die Ehe zunächſt der bürgerlichen Ordnung angehöre und mithin die Geſetzgebung in der Hand der Obrigkeit liege.

---

[2] Hiernach wird die kurze Bemerkung von Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Perſonen-, Familien- und Vormundſchaftsrechts (1871) daß für die Katholiken das kanoniſche Recht und die Decreta des Conc. Trident. gelten, S. 191 Note 6 zu limitiren ſein. Allerdings ſagt Richter, Kirchenrecht §. 75: „Die Disciplinarbeſchlüſſe des Trienter Konzils (dem z. B. in Frankreich von der Staatsgewalt nicht formelle Geltung zugeſtanden ward) wurden in den deutſchen Diözeſen überall promulgirt und in das Rechtsleben eingeführt.“ Dagegen Wieſe Kirchenrecht (1799) unter Berufung auf De Horix de font. jur. canon. Germ. §. 42: „Die Disciplinarkanonen des Trienter Konzils wurden in Deutſchland nur ſoweit angenommen, als ſie den Rechten und Herkommen der deutſchen Kirche und ihren Konkordaten nicht entgegen ſein würden.“ (I. S. 501.) Auch das Württ. Obertribunal hat, was ſpeziell Württemberg betrifft, in einer Entſcheidung vom 7. Jan. 1846 ausgeſprochen: „daß die Beſtimmungen des tridentiniſchen Konzils in proteſtantiſchen Ländern blos in ſofern Gültigkeit haben, als ſie die ſchon früher in Uebung geweſenen Grundſätze beſtätigen.“ Seuffert Archiv IV. S. 127. Der Art. 5 des Konkordats enthält eine Anerkennung des Konzils von Trient, hat aber ſelbſtverſtändlich nach der Verwerfung des Konkordats keine rechtliche Wirkung.

Bekannt ist der Ausspruch Luthers: „Darnach weil die Hochzeit und Ehestand ein weltlich Geschäft ist, gebührt uns Geistlichen Nichts daran zu ordnen oder regieren, sondern lassen einer jeglichen Stadt und Land hierin ihren Brauch. Aber so man von uns begehrt, vor der Kirche oder in der Kirche sie zu segnen und über sie zu beten oder sie auch zu trauen, sind wir schuldig, dasselbige zu thun.“ Die sakramentale Natur wird von den Reformatoren verneint, doch festgehalten, daß die Ehe ein Institut göttlicher Einsetzung sei und ihre Norm in der Bibel finde. Hieraus ergab sich, daß in dem protestantischen Staat die Ehe durch die Staatsgesetzgebung geordnet, aber hiebei der kirchliche Einfluß durch die Einsetzung der aus weltlichen und geistlichen Mitgliedern gemischten Ehegerichte und durch das Erforderniß der kirchlichen Trauung von Staatswegen gewahrt wurde.

Obwohl hiernach das Dogma der protestantischen Kirche der obligatorischen Civilehe nicht entgegensteht, so ist doch nicht in Abrede zu ziehen, daß dieselbe auch von protestantisch-kirchlicher Seite aus Gründen, welche nicht minder die Vertreter der katholischen Kirchenlehre neben der Berufung auf das unabänderliche Dogma in das Feld führen, lebhaften Einwendungen begegnet, welche sich in folgendem zusammenfassen lassen:

Das Staatsleben und die Staatsgesetzgebung habe sich auf dem Gebiete des Nothwendigen und allgemein Gewollten zu bewegen. Nicht theoretische Folgerichtigkeit, sondern nur das praktische Bedürfniß dürfe für die Gesetzgebung maßgebend sein. Das praktische Bedürfniß verlange auch in Württemberg sowenig als in vielen andern Theilen Deutschlands diesen Bruch mit dem Althergebrachten und Eingelebten. Um der vereinzelten Fälle willen, für welche die württembergische Gesetzgebung durch die Noth-Civilehe gesorgt habe, sei es ungerechtfertigt, ein in die Volkssitte eingelebtes Institut zu ändern. Es sei zu befürchten, daß das religiös-sittliche Gefühl und der noch im

Volke vorhandene kirchliche Sinn ſchwer verletzt und geſchädigt werde. Die ſtrenge Auffaſſung der ehelichen Pflichten und der ſittlichen Natur der Ehe werde hiedurch untergraben, das Band der Ehe gelockert, durch die Minderung des kirchlichen Einfluſſes auch die religiöſe Grundſtimmung im Volke gefährdet. Insbeſondere werde die proteſtantiſche Kirche die unmittelbaren Nachtheile hievon ungleich mehr zu fühlen haben, als die katholiſche Kirche, welcher in dem Beichtſtuhl und in ihren ausgebildeten kirchlichen Disciplinarmitteln ungleich mehr Hebel zu Erhaltung ihres Einfluſſes zu Gebot ſtehen, als der proteſtantiſchen Kirche.

Unzweifelhaft darf das Gewicht dieſer Einwendungen nicht unterſchätzt werden. Man kann auch nicht mit Sicherheit behaupten, daß die nachfolgende kirchliche Trauung nach dem Civilakte die Regel bei den meiſten Ehen bilden werde. In den großen Städten, ſo namentlich in Berlin, iſt erfahrungsgemäß die Zahl der kirchlichen Trauungen nach dem Civilakte im Verhältniß zu der Zahl der Civiltrauungen eine auffallend kleine. Es ſcheint ſich bedauerlicherweiſe nicht allgemein, wenigſtens heute nicht mehr, zu beſtätigen, was als bekannte Erfahrung ein württ. Miniſterialerlaß vom 1. Febr. 1849 ausſprach, welcher zur Beruhigung der Gemüther ergangen war, die über die mit Promulgation der Grundrechte als nahe bevorſtehend geglaubte Einführung der Civilehe erregt waren, „daß mit Einführung der Civilehe, wo ſie gelte, die kirchliche Trauung keineswegs außer Uebung gekommen ſei.“ [3]

Gleichwohl liefert ein Rückblick auf die Entwicklung der Ehegeſetzgebung und die Behandlung der Eheſachen

---

[3] Süßkind und Werner, Handbuch der Württ. Ehegeſetze I. S. 19 u. 20. Zufolge einer Notiz in der Nr. 49 der in Berlin erſcheinenden „Poſt“ ſind in der Stadt Halle von 124 Civilehen nur 61 im Laufe der letzten 3 Monate des Jahres 1874 kirchlich eingeſegnet worden. Im ganzen Regierungsbezirk Merſeburg haben in dieſer Zeit bei 1877 Civiltrauungen 341 Paare keine kirchliche Trauung verlangt.

in Deutschland den Beweis, daß dieselbe mit innerer Nothwendigkeit auf die Einführung der obligatorischen Civilehe mit allen ihren Konsequenzen hindrängte und daß dieser Schritt immer unvermeidlicher wurde.

Weniger dringend, vielleicht gar nicht trat dieses Bedürfniß allerdings in denjenigen Bundesstaaten hervor, welche bei einer ausschließlich oder ganz vorherrschend protestantischen Bevölkerung nur mit der protestantischen Grundauffassung der Ehe zu rechnen hatten, wie in Sachsen, Mecklenburg, Oldenburg. Allein in denjenigen Staaten, in welchen eine zahlreich konfessionell gemischte Bevölkerung auch zahlreiche gemischte Ehen schließt und das katholische Kirchenregiment den kanonischen Standpunkt immer schärfer der Staatsgesetzgebung gegenüber durchführte, wurde der Zustand mehr und mehr unerträglich.

In den Motiven zu dem in der ersten Session des preußischen Landtags von 1873/74 eingebrachten Entwurfe eines Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschließung ist die Nothwendigkeit der obligatorischen Civilehe vorzüglich, wenn auch nicht ausschließlich mit der Stellung begründet, welche die kath. Kirche namentlich in Ehesachen zum Staate nimmt. Nachdem als einer der Uebelstände, mit welchen der, außer am linken Rheinufer und in Frankfurt, bestehende Zustand der preußischen Ehegesetzgebung behaftet erscheint, die Schwierigkeit betont ist, eine staatlich gültige Ehe einzugehen für Personen, welche außerhalb der Kirche stehen, namentlich die Mitglieder der Sekten (Mennoniten, Baptisten, Immanuelsynode u. s. f.), fahren die Motive fort:

„Die Eingehung gemischter Ehen ist, so lange die „kirchliche Trauung obligatorisch bleibt, eine unerschöpf„liche Quelle konfessionellen Haders, welche auch die „staatlichen Interessen empfindlich berührt.

„Das Gleiche gilt hinsichtlich der Geschiedenen, welche „die Wiedertrauung innerhalb der katholischen Kirche „gar nicht, innerhalb der evangelischen Kirche, sofern

„die frühere Ehe aus einem kirchlich nicht anerkannten „Grunde geschieden war, meist nur durch die Zustimmung „der obersten Kirchenbehörde erlangen können, welche in „nicht seltenen Fällen versagt wird.

„Fordern schon diese Uebelstände eine Abhülfe im „Wege der staatlichen Gesetzgebung, so wird ein unver„zügliches Vorgehen in dieser Richtung durch die neueren „Bewegungen innerhalb der katholischen Kirche und durch „die ablehnende Stellung der römisch-katholischen Bischöfe „zu den jüngst erlassenen Kirchengesetzen unabweisbar „geboten."

Wenn man erwägt, wie stark in Preußen der Widerstand war, welchen der obligatorischen Civilehe nicht allein die Partei des Centrum in Vertretung der römisch-katholischen Kirchenlehre, sondern früher auch ein großer Theil der Protestanten in den einflußreichsten Stellungen entgegensetzte, so kann es nur die zwingende Nothwendigkeit der Verhältnisse erklären, daß gleichwohl der eingebrachte Gesetzesentwurf von der preußischen Kammer der Abgeordneten am 23. Januar 1874 in namentlicher Abstimmung mit 284 gegen 95 Stimmen, im Herrenhause am 20. Febr. 1874 mit 89 gegen 51 Stimmen angenommen wurde.

Lagen nun gleich die Verhältnisse in Württemberg nicht ganz ebenso wie in Preußen, und waren die Gründe für Einführung der obligatorischen Civilehe nicht ebenso dringend, wie für Bayern [4], wo die Verbreitung des Altkatholizismus eine schleunige Abhülfe verlangte, so muß ein Rückblick auf den Rechtszustand in Württemberg vor Erlassung des Reichsgesetzes gleichwohl davon überzeugen daß auch hier die Einführung der obligatorischen Civilehe auf die Länge nicht zu vermeiden gewesen ist, und daß

---

[4] Das für Bayern diesseits des Rheins geltende Gesetz vom 2. Mai 1868 ordnet nur die Schließung und Trennung der Ehen der keiner anerkannten öffentlichen oder Privat-Religionsgesellschaft Angehörigen.

die Erlassung des Reichsgesetzes ein wünschenswerther legislativer Fortschritt ist, selbst wenn man den Vortheil der Rechtseinheit auf diesem das nationale Leben unmittelbar in seinen Grundlagen berührenden Gebiet nicht an sich schon als eine Thatsache betrachten wollte, welche die hiemit unleugbar verbundenen Nachtheile aufwiegt.

Schon im Jahre 1827 hatte die württembergische Kammer der Abgeordneten um eine Revision der Ehegesetzgebung für die Protestanten gebeten. Bei den hierüber eingeleiteten Arbeiten überzeugte man sich jedoch, daß ein Gesetz über das Eherecht der Protestanten auch ein staatliches Ehegesetz für die Katholiken und die Juden oder ein allgemeines staatliches Ehegesetz unter Berücksichtigung besonderer konfessioneller Verschiedenheiten fordern würde. Allein die Unmöglichkeit, ein solches auf der Grundlage der kirchlichen Trauung einzuführen, mußte sofort einleuchten, da nicht die entfernteste Aussicht vorhanden war, hiefür jemals die Zustimmung des katholischen Kirchenregiments zu erlangen. Trotz der Einsetzung einer eigenen Kommission für diese Arbeit blieb daher auch der ganze Reformversuch beruhen. So blieb es bei dem bestehenden Rechtszustande in Württemberg, nach welchem für die Protestanten das auf der Ehegerichtsordnung vom 4. April 1687 beruhende kirchlich protestantische Eherecht, für Katholiken das katholische Eherecht, für die Israeliten das mosaische Eherecht galt. Durch zahlreiche Spezialgesetze waren übrigens auch staatliche für alle Staatsbürger geltende Ehehindernisse aufgestellt und da und dort war in das kirchliche Eherecht eingegriffen worden. So unbefriedigend nun auch dieser Zustand war, so konnte er doch in einer Zeit der aufrichtigen Toleranz beider Konfessionen gegeneinander und in Folge der liberalen Strömung in dem Klerus so lange bestehen, als offenbare Konflikte zwischen dem staatlichen Rechte und der Kirche vermieden wurden, kurz, bis der deutsche Episkopat die neuen Wege betrat, welche schließlich

in dem vatikanischen Konzil dem Papalsystem den bedingungslosen Sieg verschafften.

Wie bekannt, eröffnete den Kampf gegen die Gleichberechtigung der Konfessionen das Breve Pius VIII. vom 25. März 1830, indem dasselbe die Einsegnung gemischter Ehen durch katholische Geistliche in dem Fall untersagt, wenn die Garantien für die Religion des katholischen Theils und sämmtlicher Kinder nicht gegeben werden. In demselben Sinne sprach sich das Breve Gregor's XVI. vom 27. Mai 1832, die Instruktion des Bischofs von Ermeland vom 19. April, des Bischofs von Culm vom 1. Sept. und des Erzbischofs von Gnesen und Posen vom 27. Febr. 1838 aus, welch' letztere noch weiter verlangt, daß der akatholische Theil Hoffnung auf seine eigene Bekehrung zum Glauben der katholischen Kirche gebe. Auch in Württemberg hatten schon vor dem Jahre 1848 einzelne katholische Geistliche in Befolgung dieser von Rom ertheilten Weisungen die Einsegnung gemischter Ehen verweigert, ohne daß die gegen sie versuchten staatlichen Zwangsmaßregeln zur Ausführung gekommen wären und mit Erlaß vom 11. Mai 1849 trat auch das Ordinariat in Rottenburg offen in den Kampf ein, indem es den katholischen Geistlichen die kirchliche Einsegnung gemischter Ehen ohne Zusicherung katholischer Kindererziehung untersagte. Hiemit war für Württemberg, einem zu $^2/_3$ aus Protestanten bestehenden Staate, in welchem die verschiedenen Konfessionsangehörigen unter einander gemischt leben und seit Jahren zahlreiche gemischte Ehen abgeschlossen wurden, an sich und zumal in Verbindung mit den gesetzlichen Vorschriften des Religionsedikts von 1806[5], daß die gemischte Ehe, wenn der Bräutigam der katholischen Kirche angehört, nur von dem katholischen Geistlichen legalisirt werden konnte, der Zustand der Ehegesetzgebung ein geradezu unerträglicher

[5] Ziff. 7 des Religionsedikts vom 15. Okt. 1806, Reg.-Bl. von 1807, S. 609.

geworden. Nur die damalige politiſche Lage, zuerſt die Hoffnung auf Beſeitigung aller Schwierigkeiten durch die mit der Verkündigung der Grundrechte verbundene Einführung der obligatoriſchen Civilehe, welche aber mit der durch Bundesbeſchluß vom 23. Aug. 1851 erfolgten Außerkraftſetzung der Grundrechte wieder verſchwand, ſodann die politiſchen Schwierigkeiten des Landes bis zur Wiederherſtellung eines anerkannten, geordneten Verfaſſungszuſtandes kann erklären, daß dieſer Zuſtand 6 Jahre ertragen wurde.

Uebrigens würde man ſich vielleicht gleichwohl noch länger gefügt haben, wenn nicht auch von anderer Seite noch ein Impuls zum legislativen Einſchreiten gekommen wäre. Es war für die in nennenswerther Zahl vorkommenden Baptiſten und die katholiſchen Diſſidenten, die Deutſchkatholiken, unzweifelhaft eine mit dem Grundſatze der Gewiſſensfreiheit unvereinbare Zumuthung, ſich der Einſegnung durch den Geiſtlichen einer Kirche, von welcher ſie ſich abgeſondert hatten, unterziehen zu müſſen, um eine gültige Ehe eingehen zu können; ebenſo konnten von den evangeliſchen Geiſtlichen Einſegnungen, die nur mit innerem Widerſtreben angenommen werden konnten, nicht länger verlangt werden. So war es immerhin ein in ſeiner Bedeutung nicht zu unterſchätzender Fortſchritt, wenn in Art. 1 u. 2 des Geſ. vom 1. Mai 1855 betr. einige Aenderungen des beſtehenden Eherechts beſtimmt wurde, daß bei gemiſchten Ehen die Trauung durch die Geiſtlichen des einen oder andern Theils vorgenommen werden kann und daß die Ehe, ſofern kein ſtaatliches Hinderniß vorliegt, durch eine Verhandlung vor der bürgerlichen Behörde, vor dem Bezirksrichter in Gegenwart des Gerichtsaktuars und zweier Gerichtsbeiſitzer, geſchloſſen werden kann, wenn die Verlobten gemiſchter Konfeſſion [6] nachweiſen, daß ſie ſämmtliche nach Art. 1

[6] Nur für gemiſchte Ehen und aus der Kirche ausgeſchiedene Diſſidenten findet die Nothcivilehe des Geſetzes von 1855 Anwendung, wie Hauber Recht und Brauch S. 192 gegen eine durch den Wort-

zur Trauung zuständigen Geistlichen vergeblich um Einleitung des kirchlichen Aufgebots oder der Trauung angegangen haben, oder wenn die Verlobten oder Eines derselben einer nicht vom Staate als Körperschaft anerkannten Religionsgesellschaft angehören.

Ein weiterer Anlaß zur Ordnung des staatlichen Eherechts war durch die Verhandlungen über das Konkordat gegeben, welche zu dessen Verwerfung und Aufhebung führten. Während aber die damalige staatsrechtliche Kommission der Kammer der Abgeordneten mit allen Stimmen (v. Camerer, Frhr. v. Gemmingen, Hager, v. Mathes, Plank, Probst, Sarwey, Schuster) gegen die Eine des Domkapitular v. Riz in den über das Konkordat wie über den Gesetzesentwurf zur Regelung des Verhältnisses der Staatsgewalt zur katholischen Kirche erstatteten Berichten sich für die Einführung der obligatorischen Civilehe ausgesprochen hatte, beschränkte sich damals die württembergische Gesetzgebung aus Gründen der Zweckmäßigkeit auf einige wenige Bestimmungen über das katholische Eherecht und sein Verhältniß zur staatlichen Gesetzgebung.

Bis zum Jahre 1862 hatte für die Katholiken in den ehemals vorder-österreichischen Landestheilen die Josephinische Gesetzgebung, für die übrigen Katholiken des Landes das gemeine Kirchenrecht Geltung. Durch die Josephinische Gesetzgebung war bekanntlich der staatliche Einfluß auf die Ehe durch die Nichtanerkennung rein kirchlicher Ehehindernisse, so namentlich des Hindernisses der Blutsverwandtschaft und der Schwägerschaft des dritten und vierten Grades, sowie der geistlichen Verwandtschaft, insbesondere aber durch den Grundsatz gewahrt, daß in allen Ehestreitigkeiten, für Trennungen und Nichtigkeitserklärung die bürgerlichen Gerichte ausschließlich zur Untersuchung und Entscheidung zuständig waren. Indem durch Art. 8 des Ges. vom 30. Jan.

---

laut des Gesetzes allerdings möglich gemachte mißverständliche Auffassung desselben näher darthut.

1862 das vorder-österreichische Eherecht aufgehoben und alle württembergischen Katholiken dem gemeinen Rechte der katholischen Kirche, insbesondere also unter Beseitigung der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte in Ehestreitigkeiten der bischöflichen Jurisdiktion unterworfen wurden, gab der Staat einen wesentlichen Theil der bisher von ihm besessenen Rechte der Kirche zurück. Indem aber zugleich bei kirchlich getrauten Ehen der Katholiken in denjenigen Fällen, in welchen die Giltigkeit oder Ungiltigkeit der Ehe nach einem von dem Kirchengesetze abweichenden Staatsgesetze in Frage steht, die Zuständigkeit der Gerichte durch Art. 9 des Gesetzes vom 30. Jan. 1862 ausgesprochen und die Dispensationen von dem Ehehinderniß der Verwandtschaft und Schwägerschaft zweiten und dritten Grades durch das Gesetz vom 23. Januar 1862 an die bürgerlichen Gerichte verwiesen wurden, erschienen allerdings die wesentlichsten und offenkundigsten Mängel und inneren Widersprüche in dem bestehenden Eherecht als beseitigt.

Durch die Notheivilehe war es in den flagrantesten Fällen möglich gemacht, einem vom staatlichen Gesichtspunkt aus unbedingt verwerflichen Gewissenszwang sich zu entziehen und auch bei kirchlich getrauten Ehen der Katholiken war die Aufrechterhaltung der Staatsgesetze gegen abweichende Kirchengesetze durch die Rechtsprechung der bürgerlichen Gerichte gewahrt.

Allein gleichwohl läßt sich nicht behaupten, daß hiemit ein klarer und befriedigender Rechtszustand hergestellt und die Möglichkeit der Konflikte beseitigt gewesen wäre. Der Widerstreit der Rechte des Staats und der Ansprüche der katholischen Kirche war nicht gelöst. Die Kirche übte ungeschmälert und unbeschränkt alle von ihr beanspruchten Rechte bezüglich der Ehe aus; der Staat hatte sein Recht nur in Ausnahmsfällen zur Geltung gebracht und befand sich mit diesem Rechtszustand nicht im Einklange mit dem von ihm anerkannten Grundsatze der vollen Religions- und Gewissensfreiheit. Die Notheivilehe schloß unter allen Um-

ſtänden eine Beeinträchtigung der Staatsbürger in ſich, welche zum Zwecke der giltigen Abſchließung eines in dem natürlichen Rechte jedes Menſchen begründeten Verhältniſſes genöthigt wurden, ſich entweder Pflichten zu unterwerfen, welche der Staat von Niemand erzwingen zu wollen erklärt, oder ſich der mit Widerwärtigkeiten verſchiedener Art verbundenen Konſtatirung der Verweigerung der kirchlichen Trauung auszuſetzen.

Obgleich ferner im Laufe der Zeit durch die Einführung des norddeutſchen Geſetzes vom 4. Mai 1868 betr. die Aufhebung der polizeilichen Beſchränkungen der Eheſchließung und durch Erlaſſung des Geſetzes vom 28. März 1872 betr. die Aufhebung des Verbots der Trauung im Auslande die zahlreichſten Fälle beſeitigt wurden, in welchen eine von der Kirche als giltig anerkannte Ehe nach dem Staatsgeſetze ungiltig war, ſo blieben doch ſolche Fälle noch beſtehen. Nach dem Kirchengeſetze war eine Ehe wegen des kanoniſchen Ehehinderniſſes der geiſtlichen Verwandtſchaft und des Verbots der Eingehung der Ehe gegen ein Ordensgelübde nichtig, während ſie nach dem ſtaatlichen Geſetze giltig iſt; eine von der Kirche als giltig anerkannte Ehe war nach dem Staatsgeſetze für nichtig zu halten, wenn ſie von einer Militärperſon ohne Erlaubniß und — wenigſtens nach der Anſicht von Hauber[7], wenn ſie ohne den elterlichen Konſens eingegangen war.

Endlich aber wurde durch das Nothcivilehegeſetz nicht für alle Bedürfniſſe des Lebens geſorgt und eine Rechtsungleichheit in den ehelichen Verhältniſſen erzeugt, welche auf das Klarſte beweist, daß, wenn der Staat ſich einmal genöthigt geſehen hat, die Nothcivilehe einzuführen, er ſich auf die Länge der Konſequenz, dem Uebergang zur obligatoriſchen Civilehe nicht entziehen kann. Es iſt ein geradezu unerträglicher geſetzlicher Zuſtand, wenn nach der Geſetzgebung desſelben Staates je nach dem äußeren Glaubens-

[7] a. a. O. §. 180, vergl. unten Note 17.

bekenntniß, welches der Staat im Prinzip ignoriren zu wollen durch seine Gesetzgebung erklärt hat, dem Einen staatlich erlaubt ist, was dem Andern verboten ist, was die Folge dieser neuen württembergischen Gesetzgebung war. Auch der katholische Theil konnte im Falle einer gemischten Ehe geschieden werden, wenn die Ehe eine Nothcivilehe war, nicht aber wenn sie vor dem Geistlichen, dem protestantischen oder katholischen eingegangen war. Den Angehörigen einer nicht vom Staate anerkannten Religionsgesellschaft und Solchen, welche eine gemischte Ehe eingehen wollten, stand die Nothcivilehe zu Gebot, nicht aber Katholiken oder Protestanten, welche eine nicht gemischte Ehe eingehen wollten, auch wenn sie Forderungen, welche an sie als Bedingung der kirchlichen Trauung von den Geistlichen gestellt wurden, nicht erfüllen wollten und sonach die Trauung ihnen verweigert wurde. Ein Katholik, dessen Ehe aus einem bürgerlichen von der katholischen Kirche nicht anerkannten Nichtigkeitsgrunde von dem bürgerlichen Gerichte als nichtig erklärt war, konnte mit einer protestantischen Ehefrau eine zweite Ehe eingehen, nicht aber mit einer katholischen Frau, weil die katholische Kirche seine erste Ehe als giltig ansieht und der Geistliche daher nicht trauen konnte, ein anderer Weg der Solennisation ihm aber nicht offen stand. Ein Priester, welcher staatlich einem Eheverbot nicht unterlag, konnte zwar eine Protestantin, nicht aber eine Katholikin heirathen, weil ihn mit letzterer kein katholischer Priester traute und er von dem Gesetze über die Nothcivilehe, so lange er aus der katholischen Kirche nicht ausgeschieden war, keinen Gebrauch machen konnte. Ebenso gewährte den Altkatholiken, da sie erklären, nicht aus der katholischen Kirche ausscheiden zu wollen, das Nothcivilehegesetz keinen Schutz, wenn die Anerkennung des Dogmas der Infallibilität vor der Trauung von den katholischen Geistlichen verlangt wurde, oder der Geistliche sich überhaupt weigerte, die Trauung vorzunehmen.

Aehnliche Uebelstände haben sich auch bei den Juden

gezeigt. Das jüdiſche Eherecht kennt eine Reihe von Eheverboten, welche dem bürgerlichen Rechte unbekannt ſind: das Verbot der Ehe mit einer kinderloſen Wittwe im Falle der Verweigerung der Ceremonie des Schuhausziehens von Seiten des Bruders des verſtorbenen Ehemanns (Chaliza); das Verbot der Ehe einer Perſon legitimer Abſtammung mit einer im Ehebruch oder in Blutſchande erzeugten Perſon und deren Nachkommen; das Verbot der Ehe mit einem Findling, der auf eine lebensgefährliche Weiſe ausgeſetzt war und deſſen Abſtammung unbekannt oder zweifelhaft iſt; das Verbot der Ehe zwiſchen einem vom Prieſtergeſchlecht Abſtammenden und einer Geſchiedenen; einer durch die Chaliza von der Leviratsehe befreiten Wittwe, einer Israelitin, die ſich mit einem ihr zur Ehe verbotenen oder unbekannten Manne vergangen hat, oder einer Perſon, die aus der Ehe oder dem außerehelichen Umgange eines Prieſters mit einer ihm verbotenen Frauensperſon entſproſſen iſt; endlich das Verbot der Ehe mit einer ſchwangern Wittwe oder ledigen Frauensperſon, oder einer ſolchen, die ein Kind ſtillt, das noch nicht zwei Jahre alt iſt[8].

Im Jahre 1865 hat im Hinblick auf dieſe dem bürgerlichen Rechte fremden israelitiſchen Ehehinderniſſe eine Anzahl Israeliten von Ulm um Ausdehnung der Nothcivilehe auf Angehörige der jüdiſchen Kirchengenoſſenſchaft gebeten, um Ehen in den bezeichneten Fällen, in welchen die Rabbinen die Trauung verweigern, eingehen zu können. Es war auch am 31. Auguſt 1866 bei der Kammer der Abgeordneten ein Geſetzesentwurf eingebracht worden, welcher die Nothcivilehe auf die Israeliten im Falle des Nach-

[8] Vergl. hierüber Maier, die Grundſätze des israelitiſchen Eherechts in Bd. 6 der Monatſchrift für die Juſtizpflege in Württemberg S. 210. Der in Art. 4 des Geſ. v. 13. Aug. 1864 betr. die bürgerlichen Verhältniſſe der Israeliten aufrecht erhaltene Art. 39 des Geſ. v. 25. April 1825 beſtimmt nur, daß die ſtaatlichen Eheverbote auch auf die Israeliten Anwendung finden, hat aber die beſonderen Eheverbote des moſaiſchen Rechts für die Israeliten nicht aufgehoben.

weises ausdehnt, „daß sämmtliche Rabbinen, welche nach dem bestehenden Rechte zu ihrer Trauung zuständig sein würden, vergeblich um solche, beziehungsweise um das kirchliche Aufgebot angegangen worden seien." Der Gesetzesentwurf kam jedoch in Folge der politischen Ereignisse und der Entlassung der Ständeversammlung im Februar 1868 nicht mehr zur Verhandlung.

Eine weitere Schwierigkeit endlich lag in dem Verhältnisse der württembergischen Gesetzgebung zu den neuesten vatikanischen Dekreten. Der Art. 10 des Gesetzes v. 30. Januar 1862 schreibt vor, daß Disciplinarstraf- und Ehesachen auch im Instanzenzuge nicht vor ein außerdeutsches kirchliches Gericht gezogen werden dürfen. Dagegen bestimmt Kap. 3 Abs. 5 der vatikanischen Konstitution vom 18. Juli 1870 wörtlich:

> Et quoniam divino Apostolici Primatus jure Romanus Pontifex universæ ecclesiæ præst, docemus etiam et declaramus, eum esse judicem supremum fidelium et in omnibus causis ad examen ecclesiasticum spectantibus ad ipsius posse judicium recurri.

Nachdem der Bischof in Rottenburg, wenn gleich ohne staatliche Genehmigung, „dem hochwürdigen Klerus den authentischen Text der beiden dogmatischen Konstitutionen des vatikanischen Konzils mitgetheilt" hat, kann trotz der staatlicherseits erfolgten Verwahrung nicht verhindert werden, daß jene von der Staatsgesetzgebung für nöthig erkannte Bedingung seiner Anerkennung der kirchlichen Jurisdiktion in Ehesachen des Ausschlusses des Rekurses an ein außerdeutsches kirchliches Gericht umgangen und dieselben an das päbstliche Forum gebracht werden. Daß aber dieß nach dem bisher bestandenen Rechtszustande im Laufe der Zeit zu neuen Konflikten führen müßte, ist einleuchtend.

Allen diesen Gesetzesantinomien und praktischen Schwierigkeiten ist nun durch die Einführung der obligatorischen

Civilehe ein Ende gemacht. Der Grundsatz der Reformatoren, daß die Ehe und der Ehestand ein weltlich Geschäft sei und seine Ordnung dem Staatsgesetze gebühre, ist hiemit zur Anerkennung gebracht und das besondere Recht der Kirchen ist auf das ihnen allein gebührende Gebiet des Gewissens, das forum internum, beschränkt. Da der Staat Niemand zwingt, sich fortan der kirchlichen Jurisdiktion in Ehesachen zu unterwerfen, so hat er fortan auch kein Interesse daran, die Kirchengewalt zu Zugeständnissen an seine Auffassung zu drängen. Er kann dieselbe ihre Wege gehen lassen und hat nur die Eingriffe in das bürgerliche Gebiet abzuweisen.

Das Reichsgesetz, wie es aus den Berathungen des Reichstags mit wenigen Aenderungen des vom Bundesrath eingebrachten Entwurfs hervorgegangen ist, schließt sich in der Hauptsache an das preußische Gesetz vom 9 März 1874 und den im wesentlichen das preußische Gesetz wiedergebenden Entwurf an, welchem der Reichstag in seiner Sitzung vom 28. März 1874 aus Anlaß eines Antrags der Abgeordneten Hinschius und Dr. Völk seine Zustimmung ertheilt hatte. Nur in zwei allerdings sehr eingreifenden Beziehungen unterscheidet sich das Reichsgesetz von dem letztern, bezw. dem preußischen Gesetze.

Der aus der Initiative des Reichstags hervorgegangene Entwurf sollte nur für diejenigen Staaten Giltigkeit haben, in welchen nicht bereits nach Landesgesetz die obligatorische Civilehe und die Civilstandsregister eingeführt waren. Er würde sonach für den preußischen Staat, für Baden und Rheinbayern keine Anwendung gefunden haben, und es wäre der nicht zu unterschätzende Vortheil der Rechtseinheit auf diesem alle Lebensverhältnisse berührenden Gebiete nicht erreicht worden.

Sodann hat weder dieser aus der Initiative des Reichstags hervorgegangene Entwurf noch das preußische Gesetz die Bedingungen der Eheschließung geregelt. Dieß war auch für Preußen, welches in seinem Landrecht und

für die Rheinprovinz in dem dort noch geltenden französischen Civilrecht eine bürgerliche Gesetzgebung über die Erfordernisse der Eheschließung und die Trennung der Ehe hatte, kein Bedürfniß. Ganz anders lag aber die Sache bei einem für die übrigen deutschen Bundesstaaten bestimmte Gesetz. So hat in Württemberg die bürgerliche Gesetzgebung die Bedingungen der Eheschließung nicht geregelt, sondern nur einzelne Hindernisse durch Spezialgesetzgebung eingeführt. Im Uebrigen beruht, wie schon erwähnt, das Eherecht der Katholiken auf dem kanonischen Kirchenrecht, für die Protestanten auf der Ehegerichtsordnung vom 4. April 1687 [9]. Sonach war die Einführung der obligatorischen Civilehe durch die Erlassung eines Landesgesetzes über die Bedingungen der Eheschließung und die Trennung der Ehe bedingt, sofern die Reichsgesetzgebung hierüber keine Bestimmungen traf. Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß die Vorschrift des Art. 13 Abs. 3 des Ges. vom 1. Mai 1855, wornach bei Verhandlung und Entscheidung der Verlöbniß- und Ehestreitigkeiten in Fällen der Nothcivilehe die für dergleichen Streitigkeiten der Protestanten geltenden Grundsätze und Vorschriften Anwendung finden sollten, auf die obligatorische Civilehe aus formellen und sachlichen Gründen keine Anwendung finden konnte. Dabei hatte der Entwurf des Reichstages ursprünglich den exorbitanten Vorschlag enthalten, daß die zur Ausführung des Gesetzes nothwendigen Bestimmungen, zu welchen insbesondere auch die Regelung der Bedingungen der Eheschließung, der Trennung der Ehe und des Verfahrens in Ehesachen gehörte, im Wege der Verordnung erfolgen solle. Wurde auch diese Bestimmung in Folge des erhobenen Widerspruchs (namentlich von Seiten des württ. Abgeordneten Schmid) abgeändert, so blieb doch der wesentliche Mangel in dem Entwurf, daß derselbe über die

[9] Hauber, Recht und Brauch der evangelischen Kirche in Württemberg. Theil II, S. 31.

Bedingungen der Eheschließung und über Ehescheidung Nichts enthielt. Für Bayern war der Entwurf hiedurch geradezu unannehmbar, da der dortige Zustand des bürgerlichen Rechts in diesen Fragen, wie eine Zusammenstellung der verschiedenen in Bayern giltigen Gesetze am Schlusse der Motive zu dem von dem Bundesrath vorgelegten Entwurf darthut, die Aufgabe der Civilstandsbeamten in einer Weise erschwert hätte, welche von den übelsten Folgen für die Rechtssicherheit hätte sein müssen.

Der von dem Bundesrathe an den Reichstag gebrachte Entwurf erweiterte sich durch diese Vervollständigung wesentlich gegenüber dem preußischen Gesetze und dem ersten von dem Reichstage angenommenen Entwurf, indem er

1) in Folge seiner Bestimmung für alle deutschen Bundesstaaten die Grundsätze für die Organisation der Standesämter, welche der letztere Entwurf den Landesregierungen überlassen wollte, in das Gesetz selbst aufnahm und sich hiebei, sowie bei der Regelung der Aufsichts- und Beschwerdeinstanz, soweit es ohne Beeinträchtigung der Interessen der übrigen Bundesstaaten thunlich war, an das Vorbild des preußischen Gesetzes anschloß;

2) in einem dem preuß. Gesetze und dem Entwurfe des Reichstags fehlenden dritten Abschnitt die Erfordernisse der Eheschließung für ganz Deutschland regelte und

3) in die Uebergangsbestimmungen die Bestimmung aufnahm, daß, wenn nach dem bisherigen Rechte auf beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett zu erkennen sein würde, fortan die Auflösung des Bandes der Ehe auszusprechen ist.

Eine Erläuterung des ganzen Gesetzes und seiner einzelnen Bestimmungen würde sich nicht für das württ. Archiv eignen und liegt daher nicht in unserer Absicht. Die Zeit hiezu wird überhaupt erst gekommen sein, wenn die für die Einführung des Gesetzes in Württemberg zu erwartende Landesgesetzgebung nebst der Vollziehungsverfügung ergänzend eingetreten ist. Auch sind für diejenigen

Theile des Gesetzes, welche sich auf die Führung der Civilstandsregister, die Beurkundung der Geburten (zweiter Abschnitt §. 17—27), die Beurkundung der Sterbefälle (fünfter Abschnitt §. 56—60), die Beurkundung des Personenstandes der auf See befindlichen Personen (sechster Abschnitt §. 61—66) beziehen und für die allgemeinen Bestimmungen des ersten Abschnittes (§. 1—16) in den zu dem preußischen Gesetze erschienenen Kommentaren [10] brauchbare Hülfsmittel auch für die Anwendung des Gesetzes in Württemberg geboten, da in diesen Bestimmungen das Reichsgesetz sich zum Theil wörtlich dem preußischen Gesetz angeschlossen hat.

Nur insoweit als das Reichsgesetz in das materielle Eherecht eingreift, wird es vielleicht nicht unerwünscht sein, wenn der Verfasser zum Schluß dieser Anzeige einen Ueberblick der eingetretenen Abänderungen und über das fortan auch in Württemberg geltende Recht anfügt. Hiebei ist, was das bisher in Geltung gewesene Recht betrifft, die allgemeine Bemerkung vorauszuschicken, daß dasselbe zu zahlreichen Zweifeln in der Richtung Raum ließ, in wie weit die durch die Ehegerichtsordnung von 1687, allerdings ein Landesgesetz, gegebenen Vorschriften auch auf Nichtangehörige der evangelischen Kirche Anwendung finden. War diese Frage zu verneinen, so fehlte es bei den gewöhnlich vorgetragenen Rechtssätzen über die staatlich geltenden Ehehindernisse an dem gesetzlichen Boden und wenn es auch nach dem bisherigen Rechte wegen der kirchlichen Traunng im Leben sich wenig bemerkbar machte, so würde sich dieß doch mit der Einführung der obligatorischen Civilehe wesentlich geändert haben. Es war daher auch für Württemberg sehr erwünscht, daß das Reichsgesetz die Bedingungen und Erfordernisse der Eheschließungen geregelt und in §. 39

[10] Die Kommentare von R. Hoehinghaus, Dr. P. Friedenthal, O. Philler, v. Hartmann und P. Hinschius sind sämmtlich in Berlin 1874 erschienen, von P. Wachler in Breslau.

ausgesprochen hat, daß alle Vorschriften, welche das Recht zur Eheschließung weiter beschränken, als es durch das Gesetz geschieht, aufgehoben werden.

Gänzlich aufgehoben sind hiernach von den bisherigen Ehehindernissen:

1) das Verbot der Ehe zwischen Christen und Juden. Zwar war diese Art der gemischten Ehe durch kein ausdrückliches Staatsgesetz ausgeschlossen. Allein ihr Verbot folgte für die Katholiken aus dem kirchlichen Gewohnheitsrechte [11], für die Protestanten aus §. 1 der Ehegerichtsordnung, welcher Mischehen überhaupt nicht „ohne speziell gnädigsten Befehl" gestattet, eine Bestimmung, die nur für Ehen zwischen Christen verschiedenen Glaubensbekenntnisses durch das Religionsedikt von 1806 aufgehoben wurde.

2) Aufgehoben ist ferner das Ehehinderniß in Folge des Gelübdes der Keuschheit, welches für die Angehörigen der katholischen Kirche mit dem wirklichen Eintritt in einen der von dem apostolischen Stuhle bestätigten Orden, sowie der Uebernahme der heiligen Weihen verbunden ist. Nach Art. 16 des Ges. vom 30. Jan. 1862 war zwar staatlich dieses Ehehinderniß wenigstens für die Ordensmitglieder nicht anerkannt; allein auf die Geistlichen, welche die Weihen erhalten hatten, bezog sich der Art. 16 überhaupt nicht. Die Ansicht von Lang, welcher sich auf ein argumentum a majori ad minus für die staatliche Nichtanerkennung des bei diesen vorhandenen kanonischen Ehehindernisses beruft, wird juristisch nicht haltbar sein. Ob aus der Vorschrift des Art. 9 des Ges. von 1862 die Ungiltigkeit des Verbots der Ehe eines katholischen Geistlichen gefolgert werden konnte, ist mindestens zweifelhaft. Wie es sich aber auch hiemit verhalten mag, da die Angehörigen der katholischen Kirche, wenn beide Nupturienten Katholiken waren, überhaupt nur durch den katholischen Geistlichen

[11] Durch Benedikt XIV. in der Bulle Singulari nobis v. Jahr 1749 bestätigt. Vgl. Richter, Kirchenrecht §. 274.

getraut werden konnten, so bestand in Wahrheit bisher das Heirathsverbot in seinem bisherigen Umfang für geweihte Geistliche und Ordensmitglieder, so lange sie nicht aus der katholischen Kirche ausschieden, und wenn sie sich mit einem Angehörigen der katholischen Kirche verehelichen wollten, thatsächlich fort.

3) Nach protestantischem und katholischem Eherecht berechtigte ein schon bestehendes Verlöbniß den Verlobten, gegen die Eheschließung des andern Verlobten mit einem Dritten Einsprache zu erheben. Dieses Ehehinderniß und Einspracherecht ist nunmehr aufgehoben, wodurch aber selbstverständlich die übrigen Folgen eines Eheverlöbnisses an sich nicht berührt werden. Doch ist eine Revision des bestehenden Rechts über Eheverlöbnisse, welches wesentlich auf der kirchlichen Jurisdiktion basirt ist und Strafbestimmungen enthält, die dem Gebiete der Kirchenzucht angehören, höchst wünschenswerth.

4) Aufgehoben ist ferner das mit der kirchlichen Trauung zusammenhängende Verbot der Eheschließung in den sog. geschlossenen Zeiten, von dem Sonntage Invocavit bis zum Osterfest einschließlich und vom 1. Advent bis zum Erscheinungsfest einschließlich. Es wird Sache der kirchlichen Behörden sein, zu erwägen, ob diese Beschränkung nach dem Wegfall für die bürgerliche Eheschließung für die kirchliche Trauung noch beizubehalten ist.

5) Zufolge eines behaupteten Gewohnheitsrechtes in Württemberg war die Altersungleichheit in dem Falle, wenn die Braut um wenigstens 12 Jahre älter ist, als der Bräutigam, ein Hinderniß der Ehe, von welchem zwar dispensirt werden konnte, aber nur causa cognita und namentlich dann, wenn die Frau erwachsene Töchter in die Ehe brachte, nicht leicht dispensirt wurde. Auch diese Beschränkung der Verehelichungsbefugniß ist nun aufgehoben und damit auch die Dispensation weggefallen.

6) Von dem Erforderniß der Geschlechtsverschiedenheit der Eheschließenden spricht das Reichsgesetz nicht, weil es

dasselbe als selbstverständlich voraussetzt. Indem das Reichsgesetz aber auch des bisherigen sowohl für Katholiken als Protestanten geltenden öffentlichen Ehehindernisses der impotentia coëundi keine Erwähnung thut, ist dasselbe offenbar gleichfalls als aufgehoben zu betrachten und damit eine Reihe zweifelhafter Fragen zweckmäßigerweise beseitigt. Darüber jedoch, unter welchen Voraussetzungen wegen Irrthums auf Ungiltigkeitserklärung oder Scheidung gegen den impotenten Gatten geklagt werden kann, verbleibt es nach dem Reichsgesetz bei den landesgesetzlichen Bestimmungen (arg. §. 36).

7) Endlich müssen auch die obenerwähnten besondern Ehehindernisse des mosaischen Rechtes nunmehr als staatlich aufgehoben betrachtet werden.

Zwar erwähnen die Motive zu dem Entwurfe des Bundesraths bei Erläuterung des §. 39 des Ges. (§. 38 des Entw.) der Aufhebung der unter 4 — 7 aufgeführten Ehebeschränkungen nicht und es könnte vielleicht zweifelhaft erscheinen, ob namentlich das Hinderniß der absoluten Impotenz (z. B. bei Eunuchen, Spadonen, Hermaphroditen) nicht als aus dem Wesen der Ehe ganz von selbst folgend als fortdauernd zu betrachten sei. Allein hiegegen spricht die ganz allgemeine Fassung des §. 39 und die Thatsache, daß z. B. auch die größte Altersungleichheit oder geschlechtliche Unreife in dem Alter der Ehemündigkeit fortan nicht mehr berücksichtigt wird. Die Abhülfe für etwa sich hieraus ergebende Uebelstände wird in der Normirung des Klagerechts auf Annulirung der Ehe oder Scheidung zu suchen sein.

Das Verbot der Trauung im Auslande ist durch das Gesetz vom 4. April 1872 aufgehoben [12] und die Eingehung der giltigen Ehe durch einen Deutschen im Auslande durch das Reichsgesetz vom 4. Mai 1870 geregelt.

[12] Nach Einführung der obligatorischen Civilehe ist nunmehr die Note 10 in dem vor Erlassung des Reichsgesetzes gedruckten Aufsatze S. 16 dieser Abtheilung des Archivs richtig zu stellen.

Das Verbot der Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten fällt unter den Gesichtspunkt des Zwangs und ist unter diesem Gesichtspunkt oder wegen mangelnden Konsenses der Eltern zu beurtheilen [13]. Endlich ist auch an dem Grundsatze des bestehenden Rechtes, daß die Ehe nur durch die persönliche Erklärung, sie eingehen zu wollen, vor dem Standesbeamten abgeschlossen werden kann und daß der Abschluß durch Prokura nur vermöge Privilegiums bei Ehen von Mitgliedern der regierenden Familien zulässig ist, Nichts geändert. Zwar enthält das Reichsgesetz hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Allein indem dasselbe in §. 52 als Theil der Form der Eheschließung die in Gegenwart von zwei Zeugen abzugebende „bejahende Antwort der Verlobten" auf die Frage des Standesbeamten, ob sie erklären, daß sie die Ehe mit einander eingehen wollen, vorschreibt und in §. 72 für die Landesherrn und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der fürstlichen Familie Hohenzollern als Privilegium das Recht der Stellvertretung nach Observanz aufrecht erhält, kann hierüber kein Zweifel sein [14]. Eine andere Frage ist, ob nicht durch landesherrliches Dekret ausnahmsweise die Eheschließung durch Stellvertretung zugelassen werden kann, wofür wenigstens in Württemberg ein Vorgang spricht [15], und wofür vielleicht die Zulässigkeit der legitimatio per rescriptum principis angeführt werden kann. Da übrigens für den Abschluß von Ehen deutscher Staatsbürger im Ausland das Reichsgesetz vom 4. Mai 1870 Sorge ge-

---

[13] Hauber a. a. O. §. 40, Lang a. a. O. S. 209.

[14] Hinschius a. a. O. zu §. 35 des preuß. Ges., Note 58,

[15] Hauber a. a. O. §. 171 theilt mit, daß mit königlicher Bewilligung vom 21. April 1842 ein in Mexiko wohnender Württemberger mit seiner inländischen Braut per proc. im Lande getraut werden durfte. Bei Ehen von Missionären hat sich nach öffentlichen Blättern auch das Bedürfniß der Trauung per proc. nach Einführung des preuß. Gesetzes gezeigt und wurde die Verweigerung als eine beschwerende und harte Beschränkung empfunden.

tragen hat, so wird nur selten ein Bedürfniß für eine solche Ausnahmemaßregel im Leben hervortreten.

Im Uebrigen schließen sich die Vorschriften des Reichsgesetzes bezüglich der Erfordernisse der Eheschließung an das bestehende Recht an, indem sie dasselbe nur in einzelnen Punkten modifiziren, wie sich aus folgender vergleichender Uebersicht ergibt:

1) In Beziehung auf diejenigen Gründe, welche darauf beruhen, daß die Ehe zu ihrer Giltigkeit vor Allem die Giltigkeit als Vertrag, mithin die Uebereinstimmung zweier willensfähiger Personen verschiedenen Geschlechts fordert und durch Thatsachen, welche die Willensfreiheit aufheben, Zwang, Irrthum und Betrug in ihrem Bestand in Frage gestellt wird, hat das Reichsgesetz Nichts bestimmt, als daß zur Eheschließung die „Einwilligung der Eheschließenden" und die Ehemündigkeit erforderlich ist. Das Alter der Ehemündigkeit war nach bisherigem württ. Recht bei Männern das Alter der Volljährigkeit. Bei Frauenspersonen tritt die Ehemündigkeit mit der individuell zu beurtheilenden Pubertät ein. Beides war übrigens nach dem bestehenden Recht nicht unzweifelhaft. Die Grundsätze über Sicherung des Nahrungsstandes führten allerdings bei den Männern zu der Forderung der Volljährigkeit als Regel. Auch die Ehegerichtsordnung S. 4 §. 1, auf welche man sich hiefür beruft, knüpft an den Nahrungsstand an, beschränkt aber das heirathsfähige Alter nicht auf die Volljährigkeit. Ein bestimmtes Alter für Mädchen ist jedenfalls nicht nachweisbar und es ist nicht ersichtlich, worauf die Ansicht von Lang[16] beruht, daß Frauenspersonen jedenfalls nicht vor erreichtem 14. Lebensjahr nach württ. Rechte heirathen dürfen. Der Art. 297 des württ. Strafgesetzbuchs, auf welchen er sich beruft, hat hierher keine Beziehung. Um so erwünschter muß es sein, daß nunmehr durch §. 28 diese Frage entschieden ist.

[16] a. a. O. S. 195, vergl. Hauber a. a. O. S. 44 u. 45.

Ohne Rücksicht auf die Grundsätze über Handlungsfähigkeit ohne Beistand, und auf den Nahrungsstand und die individuelle Pubertät tritt die Ehemündigkeit des männlichen Geschlechts mit dem vollendeten zwanzigsten, die des weiblichen Geschlechts mit dem vollendeten sechszehnten Lebensjahre ein, doch ist Dispensation zulässig. Die Zulassung der Dispensation beruht auf einem Beschlusse des Reichstages und war die Folge des Beschlusses bezüglich der Ehemündigkeit, durch welchen dieselbe von den 18 und 14 Jahren des Entwurfs auf 20 und 16 Jahre erhöht wurde. Sodann ist nach Art. 29 Abs. 2, wenn keine Eltern vorhanden sind, für den Minderjährigen, also für Männer und unverheirathete Frauenspersonen bis zum 21. Lebensjahr die Einwilligung des Vormunds erforderlich, wobei es dem Landesgesetz überlassen ist, in wiefern die Mitwirkung einer Vormundschaftsbehörde oder eines Familienraths erforderlich ist. Nach §. 10 der revidirten Vorschriften für Pfleger ist die Befragung der Vormundschaftsbehörde in das Ermessen des Pflegers gestellt.

2) Der Konsens der Eltern, und wenn sie nicht mehr am Leben sind, der Großeltern, war nach württ. Recht, wie nach kanonischem Rechte unzweifelhaft ein Erforderniß der Eheschließung, und zwar ohne Beschränkung auf die Dauer der väterlichen Gewalt und ein bestimmtes Alter des Kindes. Der gewöhnlichen Ansicht zufolge war der mangelnde Konsens der Eltern, bei vorhandener Meinungsverschiedenheit des Vaters, ein staatlich anerkannter Nichtigkeitsgrund [17], während nach dem Conc. trid. de ref. matr. die Ehe giltig ist. Nach §. 29 des Reichsges. ist nun die Nothwendigkeit der Konsensertheilung der Ascendenten dahin geregelt, daß eheliche Kinder zur Eheschließung und zwar der Sohn bis zu zurückgelegtem fünfundzwanzigsten, die Tochter bis

[17] Für Protestanten jedenfalls. Hauber a. a. O. S. 120, Ehe-Ger.-O. S. 55 §. 2. Nach Lang a. a. O. S. 217 ist eine unter Nichtbeachtung dieser Vorschrift abgeschlossene Ehe giltig.

zum vollendeten vierundzwanzigsten Jahr der Einwilligung des Vaters, nach dem Tode des Vaters der Mutter und während der Minderjährigkeit auch des Vormunds bedürfen. Dem Tode der Eltern steht es gleich, wenn dieselben zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stand sind oder ihr Aufenthalt unbekannt ist. Für die außerehelichen Kinder finden die für die vaterlosen ehelichen Kinder gegebenen Bestimmungen Anwendung. Bei Arrogirten und voll Adoptirten geht das Recht des ehelichen Vaters zur Konsensertheilung nach §. 31 des Reichsgesetzes, welches dieß als Regel aufstellt und nur nach Landesgesetz Ausnahmen zuläßt, auf denjenigen über, welcher an Kindesstatt angenommen, also nach württ. Recht, welcher arrogirt oder pleno adoptirt hat, nicht aber im Falle der minus plena adoptio. Im Falle der Verweigerung des Konsenses steht großjährigen Kindern die Klage auf richterliche Ergänzung zu. Der Sache nach steht diese letztere Bestimmung des Reichsgesetzes im Einklange mit dem bisherigen württ. Rechte, welches nur in zwei Punkten geändert wurde [18], indem die Konsenssupplirung fortan nur von volljährigen Kindern beantragt werden kann und der Antrag nicht mehr wie bisher bei dem Ehegerichte, für Katholiken bei dem katholischen Kirchenrath, sondern bei dem Gericht zu stellen ist. Das zuständige Gericht ist nach Art. 11 des württ. Ger.-Verf.-Ges. vom 13. März 1868 die Civilkammer des Kreisgerichtshofs.

Bezüglich dieser Bestimmungen ist vom Standpunkt des württembergischen Rechtes noch eine Bemerkung anzufügen:

Zufolge des Art. 19, 27 und 29 des Gesetzes vom

[18] Der Schlußsatz des Entwurfs „Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen" wurde durch Beschluß des Reichtags beseitigt, in der Sache selbst aber hiedurch unzweifelhaft Nichts geändert. Denn wie anders, als nach freiem Ermessen, soll das Gericht entscheiden, ob die Verweigerung des Konsenses begründet sei oder nicht, m. a. W. ob es denselben suppliren kann oder nicht.

5. Sept. 1839 betr. die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen geht das Recht der Konsensertheilung der Eltern durch die Erkennung der Zucht-, Arbeitshaus- oder Festungsstrafe wegen einer der dort bezeichneten unsittlichen Handlungen verloren. Das Reichsgesetz enthält hierüber keine Bestimmung. Eben hieraus wird aber folgen, daß diese gesetzlichen Vorschriften in Württemberg durch dasselbe nicht aufgehoben sind, da jedenfalls die Voraussetzung auch des Reichsgesetzes die landesgesetzliche Anerkennung eines bestehenden, durch jene Bestimmungen verneinten Familienbandes zwischen Eltern und Kindern ist, wenn auch bei den Worten „wenn dieselben zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stand sind" unzweifelhaft an diese Fälle nicht gedacht wurde.

3) Von den auf der Verwandtschaft und Schwägerschaft beruhenden bisherigen Ehehindernissen ist nur beibehalten: das Verbot der Ehe zwischen Verwandten in auf- und absteigender Linie, zwischen voll- und halbbürtigen Geschwistern, zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern jeden Grades ohne Unterschied, ob das Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältniß auf ehelicher oder außerehelicher Geburt beruht und ob die Ehe, durch welche die Verwandtschaft oder Schwägerschaft begründet ist, noch besteht oder nicht. Aufgehoben ist hiernach das übrigens schon bisher in der Regel dispensabel gewesene Eheverbot des katholischen und protestantischen Rechts für Verwandte und Verschwägerte des dritten Grads gleicher Linie, des katholischen Eherechts für Verwandte des vierten Grads gleicher Linie. Insbesondere ist auch das bisher indispensable Verbot der Ehe zwischen Tante und Neffen aufgehoben.

4) Wegen des persönlichen, nicht auf Verwandtschaft oder Schwägerschaft beruhenden Verhältnisses zweier Personen, ist die Ehe verboten:

a) zwischen Personen, deren eine die andere an Kin-

desstatt angenommen hat, so lange dieses Verhältniß besteht;

b) zwischen dem Vormund oder dessen Kindern und dem Pflegbefohlenen während der Dauer der Vormundschaft;

c) zwischen einem wegen Ehebruchs Geschiedenen und seinem Mitschuldigen. Von dem letzteren Verbot ist Dispensation zulässig.

Aufgehoben ist hiernach das Verbot der Ehe zwischen Adoptivvater und Adoptivkind nach Aufhebung des Adoptionsverhältnisses, zwischen der Gattin des Adoptivvaters, dem Gatten der Adoptivmutter und dem Adoptivkind, den Gatten des Adoptivkindes und dem Adoptivvater, bezw. der Adoptivmutter, ebenso das katholische Hinderniß der geistlichen Verwandtschaft, endlich jede an eine vor Eingehung der Ehe wieder aufgelöste Verlobung geknüpfte Beschränkung [19].

5) Nur eine bestehende, also nicht für nichtig oder für ungiltig erklärte oder aufgelöste Ehe ist ein Ehehinderniß. Hiernach ist jede Beschränkung der nach protestantischem Rechte Geschiedenen in dem Rechte der Wiederverehelichung mit Ausnahme des Verbots der Ehe zwischen einem wegen Ehebruchs Geschiedenen und seinem Mitschuldigen aufgehoben und die bisherige Unterscheidung zwischen dem schuldigen und nichtschuldigen Theile weggefallen. Ebenso ist durch die Bestimmung des §. 77, daß an die Stelle der beständigen Trennung katholischer Ehegatten von Tisch und Bett die Scheidung tritt, auch diesen die Wiederverehelichung ohne jede andere als die oben (4, c) bezeichnete Beschränkung gestattet.

6) Frauen dürfen nach §. 35 erst nach Ablauf des zehnten Monats seit Beendigung der früheren Ehe eine weitere Ehe schließen, wovon jedoch Dispensation zulässig ist. Für Frauen ist hiernach das bisherige zeitliche Verbot

[19] Vergl. Hauber a. a. O. §. 76.

von einem halben Jahr auf 10 Monate ausgedehnt, womit das weitere Hinderniß der Schwangerschaft von dem ersten Manne von selbst in Wegfall kam. Für den Mann dagegen ist die bisherige Beschränkung einer Wartezeit von einem halben Jahre weggefallen.

7) Die aus der öffentlich rechtlichen Stellung des Mannes, aus seinem Verhältnisse als Staatsdiener oder Militärperson [20] folgenden landesrechtlichen Beschränkungen sind durch das Reichsgesetz (§. 38) unberührt geblieben.

In gleicher Weise hat das Reichsgesetz über den Einfluß des Zwangs, Irrthums und Betrugs auf die Giltigkeit der Ehe und die rechtlichen Folgen einer gegen die Bestimmungen der §§. 28—35 (Ziff. 1—3, Ziff. 4 lit. a und c, Ziff. 5 und 6 oben) geschlossenen Ehe auf das von ihm nicht berührte Landesrecht verwiesen. Nur bezüglich einer gegen das Verbot der Ehe des Pflegbefohlenen mit seinem Vormund und dessen Kindern und einer von einem Staatsdiener oder einer Militärperson ohne die landesgesetzlich vorgeschriebene Erlaubniß eingegangenen Ehe bestimmt das Reichsgesetz (§. 37 und 38), daß dieselbe wegen dieses Hindernisses nicht als ungiltig angefochten werden kann. Aufgehoben ist sonach die durch das Gesetz vom 2. April ausgesprochene Nichtigkeit solcher Ehen von Militärpersonen, nicht aber die Strafbestimmung, daß ein Offizier, der ohne die vorgeschriebene Erlaubniß heirathet, die Entlassung zu erwarten hat. Die Ehe des Vormunds mit dem Pflegbefohlenen und die ohne Erlaubniß von einem Staatsdiener eingegangene Ehe war schon bisher nach württembergischem Rechte trotz des Hindernisses nicht ungiltig [21].

Ueber den Einfluß des Zwangs, Irrthums und Betrugs galt seither in Württemberg das gemeine Recht [22] und hierin ist durch das Reichsgesetz Nichts geändert.

---

[20] Hauber a. a. O. S. 86—88.

[21] Vergl. Hauber a. a. O. S. 88 §. 103, Lang a. a. O. S. 214 §. 47.

[22] Hauber a. a. O. S. 120—123, Lang a. a. O. S. 209—212.

Was aber die Wirkungen der oben unter Ziff. 1—3, Ziff. 4 lit. a und c, Ziff. 5 und 6 angeführten Ehehinderniſſe betrifft, wenn ohne Beachtung derſelben eine Ehe eingegangen wurde, ſo kann es der Natur der Sache nach keinem Anſtand unterliegen, daß in den Fällen der Ziff. 3, Ziff. 4 a und c und Ziff. 5 die Ehe nichtig iſt und zwar ſelbſt gegen den Willen der Verbundenen. Es wird aber Gegenſtand der Geſetzgebung ſein, für dieſe Fälle das Verfahren durch Einſchreiten der Staatsanwaltſchaft zu regeln und ſodann für die Fälle, in welchen gegen die unter 1, 2, 3 und 6 erwähnten geſetzlichen Beſtimmungen eine Ehe eingegangen wurde, die Wirkung dieſer Thatſache auf die Ehe zu beſtimmen, da hierüber theilweiſe Zweifel beſtehen und die Verhältniſſe, nachdem die Rechtſprechung in Eheſachen nunmehr den bürgerlichen Gerichten unter Ausſchluß jeder Wirkung der kirchlichen Jurisdiktion auf dem bürgerlichen Gebiet übertragen iſt, ſich weſentlich geändert haben.

Zum Schluſſe dieſer Ueberſicht über die auf dem Gebiete des materiellen Eherechts durch das Reichsgeſetz eingeführten Abänderungen iſt endlich der Vollſtändigkeit wegen noch der §. 72 des Geſetzes zu erwähnen, welcher beſtimmt, daß für die Landesherrn und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, ſowie der fürſtlichen Familie Hohenzollern die Ernennung der Standesbeamten und die Beſtimmung über die Art der Führung und Aufbewahrung der Standesregiſter durch Anordnung der Landesherrn erfolgt und daß die auf Hausgeſetzen oder Obſervanz beruhenden Beſtimmungen über die Erforderniſſe der Eheſchließung und über die Gerichtsbarkeit in Eheſachen nicht berührt werden. Zufolge dieſes Vorbehalts beſtehen für die Mitglieder der königlichen Familie in Württemberg folgende Abweichungen von dem allgemeinen fortan geltenden Eherecht:

1) Da die Volljährigkeit des Kronprinzen nach Art. 15 des Hausgeſetzes vom 8. Januar 1828 nach zu-

rückgelegtem 18. Lebensjahre eintritt, so wird mit diesem Alter auch die Ehemündigkeit als vorhanden anzunehmen sein.

2) Bezüglich der gerichtlichen Zuständigkeit in Ehesachen bleibt der Art. 65 des Hausgesetzes in Geltung und es ist

3) eine landesherrliche Verfügung über die Art der Führung und Aufbewahrung der Standesregister für die Mitglieder der königlichen Familie, sowie die Ernennung der hiefür zuständigen Beamten zu erwarten.

4) Nach Art. 18 des Hausgesetzes vom 8. Jan. 1828 (vergl. §. 8 der Verf.-Urk.) können sich die Prinzen und Prinzessinnen des königlichen Hauses nicht anders, als mit vorgängiger ausdrücklicher Einwilligung des Königs vermählen, welche übrigens bei ebenbürtigen Ehen ohne eintretende besondere Gründe nicht erschwert werden wird. Die aus einer ohne den Konsens des Königs eingegangenen Ehe erzeugten Kinder haben nur eine Alimentation aus dem eigenen Vermögen des Vaters oder Ehegemahls zu fordern. Als die Folgen der Verletzung der Vorschrift des Art. 18 bei Eingehung der Ehe bezeichnet Art. 19 des Hausgesetzes den Ausschluß aller Ansprüche des angeheiratheten Gatten und der aus einer solchen Ehe erzeugten Kinder auf Stand, Titel, Wappen, Staatserbfolge, Apanagen, Sustentationsgelder, Mitgaben, Wittum (vergl. auch Art. 20).

Ebenso werden durch das Reichsgesetz bei den Ehen der Mitglieder der nicht souveränen standesherrlichen Familien die Grundsätze über die Ebenbürtigkeit und die Folgen einer unebenbürtigen Ehe, sowie andere hausgesetzliche Bestimmungen über die Erfordernisse einer zur Theilnahme an dem Familienvermögen (dem Stammgut) in der Form der hausgesetzlichen Succession und der Ansprüche auf Apanagen, Wittum u. s. f. berechtigenden Ehe nicht berührt. Eines ausdrücklichen Vorbehalts bedurfte es in dieser Beziehung nicht, da das Reichsgesetz sich überhaupt

nicht mit den öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Folgen der Ehe beschäftigt hat und es sich um diese allein handelt. So kann beispielsweise eine dem Art. 18 des württ. Hausgesetzes analoge Bestimmung eines standesherrlichen Hausgesetzes, wornach zu Eingehung der Ehe des Mitglieds einer solchen Familie die Zustimmung des Familienhauptes erforderlich ist, welche nach bisherigem Rechte nicht die Nichtigkeit einer ohne diese Zustimmung eingegangenen Ehe, sondern nur den Ausschluß des angeheiratheten Gatten und der Kinder von den besondern Familienrechten zur Folge hatte, nicht als durch das Reichsgesetz aufgehoben angesehen werden [23].

[23] Aus demselben Grunde ist auch die Bestimmung des Landrechts Thl. IV tit. 2 §. 1 (Reyscher, Württ. Privatrecht §. 551) durch das Reichsgesetz nicht berührt.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Müssen Sichtwechsel nach der ersten formlosen Präsentation sofort zur Zahlung präsentirt werden?

Von Herrn Rechtsanwalt Lebrecht in Ulm.

I. Nach Art. 4 Ziff. 4 der Wechselordnung kann die Zahlungszeit eines Wechsels nur in fünffacher Weise festgesetzt werden, nämlich:

1) auf einen bestimmten Tag,
2) auf eine bestimmte Zeit nach dem Tage der Ausstellung (nach dato),
3) auf eine Messe oder einen Markt,
4) auf Sicht,
5) auf eine bestimmte Zeit nach Sicht.

Es erleidet keinen Zweifel, daß in den zwei ersten Fällen ein einzelner Tag (Termin) die Verfallszeit bildet, nicht ein größerer Zeitraum (eine Frist). Ein Wechsel „bis am 1. Oktober d. J." ist daher ungültig. Im dritten Fall ist die Verfallzeit regelmäßig gleichfalls ein einzelner bestimmter, nur nicht aus dem Wechsel selbst ersichtlicher Tag. Ausnahmsweise mag die Verfallzeit in einer kurzen Frist (längstens Dauer der Messe) bestehen. Abgesehen von dem letztern, verhältnißmäßig nicht sehr erheblichen Falle ist der Tag der Zahlung ein für alle Wechselbetheiligten bestimmter. Vorher kann die Zahlung nicht verlangt, vorher nicht aufgedrungen werden.

Anders in den beiden letzten der in Art. 4 Ziff. 4 der Wechſelordnung genannten Fällen, bei Sicht- und bei Nachſichtwechſeln. Hier iſt der Zahlungstag von vorneherein ungewiß. Der Wechſelſchuldner (Acceptant, Ausſteller und Indoſſant) muß während dieſer ganzen Friſt jeden Tag die Mittel zur Tilgung der Schuld bereit halten. Vor Ablauf der Friſt kann er, wenn es dem Inhaber nicht beliebt, ſich von ſeiner Verbindlichkeit nicht frei machen. Der Inhaber aber kann regelmäßig von 730 Tagen beliebig einen Tag wählen, an welchem er Zahlung verlangt[1] und wenn Indoſſant eine beſondere Präſentationsfriſt ſetzt, ſo kann der Inhaber jeden beliebigen Tag dieſer Friſt ſich herausſuchen (Art. 19 Abſ. 2 cf. Art. 31); die Friſt iſt ſonach gewährt im Intereſſe der Wechſelgläubiger, nicht im Intereſſe der Wechſelſchuldner.

Wird nun die Wahl unabänderlich, wenn der Wechſelinhaber dem Bezogenen (Acceptanten) den Wechſel zur Zahlung präſentirt hat?

Dieſe Frage wird vom Reichsoberhandelsgerichte wenigſtens für die Sichtwechſel (im Gegenſatze zu den Nachſichtwechſeln) bejaht[2], dagegen wird ſie von verſchiedenen Schriftſtellern[3] verneint. Dieſe behaupten, nur durch Erhebung eines Proteſtes über die erfolgte Präſentation zur Zahlung werde ein beſtimmter, unabänderlicher Verfalltag feſtgeſtellt. Soweit unſere Erfahrung reicht, dürfte die Praxis des Handelsſtandes der letzteren Anſicht entſprechen. Es ſcheint ſehr häufig vorzukommen, daß die Kaufleute Sichtwechſel ein-, zwei-, dreimal zur Zahlung präſentiren, ohne Proteſt zu erheben und ohne auch nur zu ahnen, daß die erlaſſene Proteſterhebung den Verluſt des Regreßrechts zur Folge hat. Ja es möchte einer eingehenden Unterſuchung werth ſein, ob dieſe Praxis nicht eine dermaßen

[1] Allg. deutſche Wechſel-Ordnung Art. 19 Abſ. 1.

[2] Entſcheidungen des K. Oberhandelsgerichts VI. 99 f.

[3] z. B. Volkmer u. Loewy, Wechſelrecht S. 143, Wächter, Wechſellehre S. 136 und 137.

konstante, dermaßen intensiv auf dem Bewußtsein der Rechtsausübung beruhende sei, daß der von ihr befolgten Ansicht die Kraft eines Gewohnheitsrechtssatzes beigelegt werden müsse.

Unter allen Umständen ist es sehr mißlich, wenn die Ansicht des Reichsgerichts mit der Praxis des Lebens in so schroffem Widerspruche steht. Um so mehr drängt sich die Erörterung der Frage auf, ob denn wirklich das höchste Reichsgericht das Gesetz richtig ausgelegt habe. Wir glauben diese Frage verneinen zu müssen, und verstatten uns, unsere Ansicht in Folgendem zu begründen:

II. Wie wir unter Ziff. 1 dargelegt haben, ist die bei Sicht- und Nachsichtwechseln gewährte Frist für die Präsentation zur Zahlung im Interesse nicht des Wechselschuldners, sondern des Wechselgläubigers gegeben. Es ist nun von vornherein kein Grund abzusehen, aus welchem die bloße unförmliche Präsentation zur Zahlung der Befugniß des Gläubigers, in jeglichem ihm beliebigen Momente innerhalb der in dem Art. 31 festgesetzten Frist seine Klagrechte aus dem Wechsel geltend zu machen, präjudiziren soll.

In dieser Beziehung unterscheiden sich die Sichtwechsel wesentlich von andern Wechseln. Bei den letztern wissen alle Regreßschuldner schon bei ihrer Unterschrift genau, an welchem Tage der Wechsel gezahlt werden soll. An diesem Tage und noch wenige Tage später werden sie für den Fall des Regresses ihre Gelder zur Verfügung halten müssen. Erfolgt bis dahin nicht die Notifikation, daß der Wechsel uneingelöst geblieben ist, so dürfen sie sich von ihrer Schuld erlöst halten. Aeußersten Falls ist es ihnen ein Leichtes, in wenigen Tagen zu erfahren, ob der Wechsel vom Bezogenen eingelöst worden ist oder nicht. Bei dieser Kategorie von Wechseln hat es daher der Aussteller von vornherein auf eine prompte Abwicklung des Geschäftes abgesehen. Er will nicht länger im Ungewissen sein als bis zum Verfalltage und etwa eine ganz kurze Frist nach demselben. Eben deßhalb hat er den Wechsel auf einen

ganz bestimmten Tag ausgestellt. Und ebenso haben die Indossanten ein dringendes Interesse, daß an dem voraus bestimmten Tage die Frage sich entscheide, ob der Wechsel vom Bezogenen eingelöst werde oder ob auf sie der Rückgriff wegen Nichteinlösung genommen werde.

Anders verhält es sich bei den Sicht- und Nachsicht-Wechseln. Wenn der Aussteller den Wechsel begibt, so weiß er nicht, an welchem Tage der zweijährigen Frist der eine oder andere seiner Nachmänner den Wechsel zur Zahlung präsentirt. Er und gleichermaßen der erste, zweite, dritte Indossant, welcher den Wechsel weiter girirt, muß sich darauf gefaßt machen, daß der Wechsel schon heute oder erst morgen, in 8 Tagen, auch einem Jahre oder gar erst am letzten Tage der zweijährigen Nothfrist präsentirt wird.

Weder die Aussteller noch die Indossanten haben es somit auf eine prompte Abwickelung des Wechselgeschäfts abgesehen; sie hätten sonst eben keinen Sichtwechsel ausgestellt, beziehungsweise angenommen und weiter begeben.

So folgerichtig es daher ist, wenn bei den sonstigen Wechseln die Regreßpflicht erlischt, wenn nicht spätestens am zweiten Werktage nach der im Wechsel bezeichneten Zahlungszeit Präsentation und Protestaufnahme erfolgt ist, so wenig erscheint es geboten, daß die Regreßpflicht der Aussteller und der Indossanten erlöscht, wenn nicht am zweiten Tage nach der in keiner Weise äußerlich fixirten Präsentation Protest erhoben worden ist.

III. Das Reichsoberhandelsgericht argumentirt folgendermaßen:

Regreß mangels Zahlung ist verloren, wenn die Nichterlangung der Zahlung auf gehörige Präsentation zur Zahlung durch rechtzeitigen Protest nicht dargethan ist. Rechtzeitig ist nur der Protest, welcher spätestens am zweiten Werktage nach dem Zahlungstage erfolgt (Wechselordnung Art. 41). Der Sichtwechsel ist bei Vorzeigung zahlbar. Also u. s. w.

Das Reichsoberhandelsgericht versteht bei dieser Argumentation unter „Zahlungstag" denjenigen Tag, an welchem der Wechselschuldner zahlen muß. Es möchte sich indeß fragen, ob mit dem Worte „Zahlungstag" nicht vielmehr der Tag bezeichnet werden wollte, an welchem der Gläubiger die Zahlung verlangen muß. Bei Dato-, Nachdato-Meßwechseln fallen freilich beide Tage zusammen. Nur an diesem Tage, in dieser Messe muß Schuldner zahlen; nur an diesem Tage kann Gläubiger Zahlung verlangen. Bei solchen Wechseln unterliegt es sonach keinem Zweifel, daß der Protest erhoben werden muß spätestens am zweiten Werktage nach dem Tage, an welchem der Gläubiger Zahlung verlangen kann.

Anders bei Sichtwechseln. Gewiß ist, daß der Schuldner bei der Präsentation zur Zahlung sofort zahlen muß. Allein, ob der Gläubiger im Falle nicht erfolgender Zahlung an keinem andern Tage Zahlung verlangen könne, ob also der Tag der ersten Präsentation auch für ihn der Zahlungstag ist, das wäre eben zu beweisen.

Wir verhehlen uns nicht, daß die von uns gemachte Unterscheidung wenigstens den Schein des Gesuchten hat, daß es natürlicher sein mag, zu sagen: „Der Tag, an welchem der Schuldner zahlen muß, ist der Zahlungstag."

Hiemit würden wir zugeben, daß der Wortlaut des Art. 41 unserer Ansicht entgegenstände. Dennoch könnten wir diese Ansicht nicht Preis geben. Wir würden vielmehr aus den ad. I und II dargelegten Erwägungen annehmen, daß bei dem Worte „Zahlungstag" der Art. 41 nicht an die immerhin selteneren Sicht- (und Nachsicht-) Wechsel gedacht worden ist, sondern an die weit häufigern Dato- und Meßwechsel, daß aber nach der wirklichen Absicht des Gesetzgebers für die Zeit der Protesterhebung nur der Tag maßgebend sein soll, an welchem der Gläubiger den Wechsel spätestens zur Zahlung präsentiren muß.

IV. Und in der That: bezüglich des Nachsichtwechsels hat diese Absicht ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden

in Art. 20 der Wechſelordnung, laut welchem der Inhaber die rechtzeitige Präſentation des Wechſels durch einen innerhalb der Präſentationsfriſt erhobenen Proteſt feſtſtellen laſſen muß.

In den Motiven ſind die geſperrt gedruckten Worte in folgender Weiſe begründet:

„Der Strenge nach müßte auf die erſte Präſentation der Proteſt erhoben werden, weil eigentlich das Faktum der Präſentation die Verfallzeit beſtimmt. Aber da bei einem ſolchen Proteſte die Zulaſſung der Einrede, daß ſchon früher einmal vergeblich präſentirt und nicht proteſtirt worden, nur zu Verwicklungen im Wechſelprozeſſe führen würde und ohnehin die Ausſteller und Indoſſanten nur ein Recht darauf haben, daß dieſe Präſentation bis zum Ablaufe der Friſt erfolge, ſo muß es genügen, wenn nur überhaupt innerhalb dieſer Friſt der Proteſt aufgenommen wird.“

Ob dieſe in den Motiven ausgeſprochene Anſchauung in dem Art. 20 der Allgemeinen deutſchen Wechſelordnung einen genügend klaren Ausdruck gefunden habe[4], erſcheint uns unerheblich. Nach unſerer Meinung hätte es kein Bedenken, den undeutlichen Ausdruck aus den Motiven zu verdeutlichen.

Sonach dürfte für Nachſichtwechſel kaum zu bezweifeln ſein, daß die Proteſterhebung nicht ſchon zwei Tage nach der erfolgten erſten Präſentation zur Zahlung erfolgen muß, ſondern erſt am Ende der Friſt des Art. 19.

V. Daß ferner die beiden in dem vorhin ausgezogenen Satze der Motive angeführten Gründe (Vermeidung von Verwickelungen, Anſprüche der Regreßſchuldner) auf den Sichtwechſel genau ebenſo gut paſſen, wie auf den Nachſichtwechſel, kann gleichfalls nicht wohl beſtritten werden. Bezüglich des zweiten Grunds verweiſen wir auf das ad. I. und II. Geſagte. Was aber den erſten Grund anlangt,

[4] Entſcheidungen des Reichsoberhandelsgerichts l. c. p. 102.

ſo widerſpricht es in der That ganz und gar der formalen Natur des Wechſelinſtituts und insbeſondere der formalen Ausbildung der Regreßpflicht, daß die Dauer derſelben abhängig gemacht werden ſoll von Vorgängen, welche in keiner Weiſe äußerlich fixirt worden ſind; dies gilt in gleicher Weiſe für Sichtwechſel wie für Nachſichtwechſel.

Wenn ſonach die Erwägungen, auf welchen die Beſtimmung des §. 20 hinſichtlich der Proteſterhebung bei Nachſichtwechſeln beruht, vollkommen auch auf die Proteſterhebung bei Sichtwechſeln paſſen, ſo muß jene Beſtimmung eben auch bei den Sichtwechſeln Anwendung finden.

Man wird zwar verſucht ſein, hiegegen einzuwenden, der in §. 20 aufgeſtellte Rechtsſatz enthalte gegenüber von der in §. 41 ertheilten Vorſchrift eine Singularität zu Gunſten der Nachſichtwechſel, ſinguläre Rechtsſätze aber dürften nicht analog ausgedehnt werden[5]. Wir könnten hierauf erwidern, es frage ſich eben, ob nicht durch Aufſtellung der Beſtimmung des §. 20 die Allgemeine deutſche Wechſelordnung anerkannt habe, das Wort „Zahlungstag" in §. 41 habe nicht den Sinn, welcher aus ſeinem Wortlaute ſich am natürlichſten ergebe, in welchem Falle gar kein Widerſpruch zwiſchen §. 20 und §. 41 vorliegen würde. Indeſſen verzichten wir auf dieſe Replik. Denn nach unſerer Meinung iſt jene Anſchauung über das Verhältniß der ſingulären Rechtsſätze zu den regelmäßigen nicht zu billigen. Vielmehr huldigen wir der Anſicht von Windſcheid[6] und Römer[7], nach welcher auch das regelwidrige Recht ſo weit ausgedehnt werden darf, „als der eigentliche Gedanke der Beſtimmung reicht."

Auf Grund der vorſtehenden Erwägungen ſind wir zu der Ueberzeugung gelangt, daß die Praxis, welche geſtattet, Sichtwechſel wiederholt zur Zahlung zu präſentiren

---

[5] Wächter, Handbuch des württ. Privatrechts II. p. 59.

[6] Pandekten §. 20.

[7] Zeitſchrift für das geſammte Handelsrecht Bd. 19 p. 94.

und Proteſt mangels Zahlung erſt am Ende der Friſt des §. 20 zu erheben, wie dem Verkehrsbedürfniſſe, ſo auch dem Geſetze entſprechend iſt.

Beitrag zur Lehre von der Inſinuation der Schenkungen.

(Eingeſendet.)

I. Neuerdings[1], wie ſchon früher[2], hat die Civilkammer des K. Obertribunals den Satz ausgeſprochen, daß für Schenkungen eines Vaters von über 200 fl. an ſein einziges Kind ſo wenig eine Inſinuation nöthig ſei, als für Schenkungen an mehrere Kinder von gleichem Betrage, auch wenn ſie jene Summe überſteigen. Hiemit ſtimmt die von v. Wächter in ſeinen Vorleſungen vorgetragene Anſicht überein. Etwas abweichend drücken ſich Reinhardt[3], Weishaar[4] und Reyſcher[5] aus: Eine Inſinuation ſei nicht erforderlich, wenn Eltern nicht einem Kind vor dem andern, ſondern jedem derſelben über 200 fl. ſchenken. Als geſetzliche Grundlage dieſer Lehre wird Landrecht Thl. II. Tit. 18 §. 9 zitirt. Es dürfte ſich jedoch mit Hilfe der Haug'ſchen Relation über das Landrecht nachweiſen laſſen, daß dieſer Auslegung der gedachten Landrechtsſtelle erhebliche Bedenken entgegenſtehen.

II. Das gemeine Recht kennt eine ſolche Ausnahme von dem Erforderniß der Inſinuation bei großen Schenkungen nicht, im Gegentheil findet die const. 25 cod. 5, 16 und die const. 27 cod. 8, 54 die Inſinuation bei

---

[1] Berufungsſache Kühner und Schüle.
[2] Württ. Archiv, Bd. XIII. S. 445.
[3] Kommentar zum Landrecht, Bd. I. S. 336.
[4] Württ. Privatrecht, Thl. III. S. 99 §. 1105.
[5] Württ. Privatrecht, Bd. II. §. 438 S. 283.

Schenkungen von Eltern an Kinder besonders nöthig, um „clandestinis ac domesticis fraudibus“ vorzubeugen.

III. Die Vorschriften des ersten und zweiten Landrechts in dem Titel „Welche Gaben und Schenkungen vor Gericht beschehen sollen“ und dem folgenden „Wann ein Vater seinem Kind schenken möge“ gehen dahin: Eine Schenkung von mehr als 200 fl. habe nicht Kraft, sie geschehe denn vor Gericht und werde in das Gerichtsbuch eingeschrieben. Wenn solches geschehe, soll eine solche Gab nicht verhindert oder abgestellt werden, es wären denn große und nothwendige Ursachen vorhanden, deren Ermessung allwegen bei eines Gerichts Erkenntniß stehen. Hiemit sollen aber die Fälle, in welchen vermöge der geschriebenen Kaiserlichen Rechten die Gaben ohne den Richter geschehen mögen, nicht aufgehoben sein.

Es soll auch ein Vater seinem Kind, es sei noch in väterlicher Gewalt oder dessen entledigt, einem vor dem andern, Vergabung seines zeitlichen Guts, wenig oder viel, aus rechtmäßigen Ursachen thun mögen. Doch so der Vater also einem Kind für dem andern Geld oder fahrende Habe, die 200 fl. übertreffe, vergaben wollte, das soll mit Erzählung redlicher Ursachen vor Gericht und desselben Erkenntniß geschehen und eingeschrieben werden und sonst nicht Kraft haben.

IV. Hiezu sagt Haug in seiner Relation [6]: Es könnte scheinen, als verlange das Landrecht nur die Insinuirung der Schenkung in das Gerichtsbuch. Allein aus den Worten „es wären denn große und nothwendige Ursachen vorhanden, deren Ermessung allwegen bei eines Gerichts Erkenntniß stehen“, folge, daß eine causæ cognitio des Gerichts erfordert werde. Es sei dieß eine Abweichung vom gemeinen Recht, und in dem folgenden Paragraphen: „Wir wöllen de donatione patris filio facta“ noch steifer gesetzt, daß nemlich dieselbige donationes mit Erzählung redlicher

[6] Vergl. die Ausgabe von Faber u. Schloßberger S. 207 ff.

Urſachen vor Gericht und deſſen Erkenntniß beſchehen und ſonſt keine Kraft haben ſollen, welches um ſo viel deſto mehr roboriert worden ſei, weil in dem dazwiſchen liegenden Paragraphen zwei Fälle von dem Erforderniß der Inſinuation ſpeziell ausgenommen worden ſeien. Solcher Fälle kenne das gemeine Recht neun, worunter der in Frage ſtehende nicht aufgezählt iſt. — Nach römiſchem Recht könne ein Vater ſeinem Hauskind mit rechtlicher Wirkung nichts ſchenken, doch ſei dieß nun nach dem Paragraphen „Wann ein Vater" möglich. Der Vater könne aber das Geſchenk, ſo lange das Kind in ſeiner Gewalt ſei, widerrufen. Das Uebrige, was dieſer Paragraph enthalte, daß die Geſchenke eines Vaters an ſein Kind nicht konferirt, daß inoffiziöſe Schenkungen bis auf den den übrigen Kindern zu belaſtenden Pflichttheil defalciert, oder, da ſie die Summe von 200 fl. überſteigen oder ein liegend Gut geſchenkt werde, inſinuirt, darüber des Gerichts Erkenntniß geſchehen und eingeſchrieben werden ſolle, das ſei theils dem gemeinen Recht, theils den vorangehenden Beſtimmungen gemäß. Darin aber liege eine Abweichung, daß bei Schenkungen, welche 200 fl. überſteigen, nicht allein eine Inſinuation, ſondern auch causæ cognitio erfordert werde. Da dieß hart und in den Rechten nicht begründet ſei, ſo werde vorgeſchlagen, die Worte „des Gerichts Erkenntniß" auszulaſſen.

V. Hieraus folgt, daß im zweiten Landrecht eine weitere Ausnahme von dem Erforderniß der Inſinuation gegenüber vom gemeinen Rechte nicht gemacht war, daß vielmehr von demſelben die Erforderniſſe bei Schenkungen, durch welche ein Kind vor dem andern bevorzugt wurde, noch vermehrt ſind, indem ſogar die Angabe redlicher Urſachen und die Zuſtimmung des Gerichts verlangt wurde und daß Haug vorſchlug, des Gerichts Erkenntniß, nicht aber die Inſinuation überhaupt zu beſeitigen.

VI. Dieſem Vorſchlag gemäß ſind im dritten Landrecht die Worte des zweiten „es wären denn große und

nothwendige Urſachen vorhanden, deren Ermeſſung allwegen bei eines Gerichtserkenntniß ſtehen" und im Paragraph „Wann ein Vater" die Worte „und desſelben Erkanntnuß beſchehen" geſtrichen worden; die Worte im Eingang dieſes Paragraphen „aus rechtmäßigen Urſachen" und am Schluſſe desſelben „mit Erzählung redlicher Urſachen" ſind ſtehen geblieben. Im Uebrigen ſind nur redaktionelle Aenderungen gemacht worden.

VII. Aus dem Bisherigen dürfte ſich ergeben, daß der aus Landrecht Thl. II. Tit. 18 §. 9 hergeleitete Schluß: „wenn die Eltern einem Kind vor dem andern über 200 fl. ſchenken, muß dieſe Schenkung vor Gericht gebracht und eingeſchrieben werden, alſo iſt eine Inſinuation nicht nöthig, wenn ſie dem einzigen Kind oder allen gleichviel über 200 fl. ſchenken", unrichtig iſt und folgendermaßen lauten muß: „Wenn die Eltern einem Kind für dem andern über 200 fl. ſchenken, muß dieſe Schenkung mit Erzählung redlicher Urſachen inſinuirt werden. Schenken ſie dem einzigen Kind oder allen gleichviel, ſo iſt die Angabe redlicher Urſachen nicht erforderlich". Daß es im letztern Fall überhaupt keiner Inſinuation bedürfe, iſt nirgends geſagt.

VIII. Die obengenannten Schriftſteller ſind auch über die geſetzliche Vorſchrift nicht einig und es führt dieſe zu Sonderbarkeiten. Reinhardt, Weishaar und Reyſcher verlangen eine Inſinuation nicht, wenn der Vater allen Kinder über 200 fl. ſchenkt. Hienach wäre eine Schenkung an ein Kind im Betrag von 2000 fl. gültig, wenn den andern Kindern je 210 fl. geſchenkt würde, eine ſolche von 210 fl. aber ungültig, wenn den andern nur je 190 fl. geſchenkt wird. Nach der v. Wächter'ſchen Anſicht müßten die Schenkungen gleich groß ſein, oder ſollen dieſelben auch dann gelten, wenn die Differenz der einzelnen nicht größer iſt als 200 fl.? Wie ſoll es gehalten werden, wenn dem einzigen Kinde über 200 fl. geſchenkt wird, ein weiteres aber nachgeboren wird? Soll die Schenkung ungültig werden, oder trotz mangelnder Inſinuation gültig

bleiben, obwohl hier die Gefahr von „domesticæ fraudes“ ebenso nahe liegt, als wenn dem einen Kind zu Lebzeiten des andern mehr als 200 fl. geschenkt wird? Dagegen kann für die hier vorgetragene Ansicht, eine Schenkung über 200 fl. müsse auch dann insinuirt werden, wenn dieselbe an das einzige Kind geschehe, oder wenn allen gleichmäßig über 200 fl. geschenkt werde, angeführt werden: Bolley „Das Wichtigste“ S. 235 Note f.

Mittheilungen aus der Praxis des Obertribunals in Civilsachen.

(Von Herrn Obertribunalrath v. Streich.)

1) Pferchnutzung als ein auf einem Kommun-Schafwaiderecht ruhendes Privatrecht.

Wenn auch das von der beklagten Gemeinde seither ausgeübte Waiderecht als ein auf dem Markungsverbande beruhendes Kommun-Schafwaiderecht öffentlich-rechtlicher Natur ist, so ist damit noch keineswegs dargethan, daß das auf diesem Waidrechte ruhende Recht der klagenden Gutsherrschaft auf Pferchnutzung kein Privatrecht sei und sein könne. Vielmehr können auch bezüglich derartiger, auf öffentlichem Rechte beruhenden Rechtsverhältnisse Ansprüche begründet sein, welche, als außerhalb des öffentlichen Rechts liegend, privatrechtlicher Natur sind[1]. Während die beklagte Gemeinde in Ausübung ihres Waiderechts über die ihr zukommenden Pferchnutzungen in früheren Zeiten mittelst Vertheilung derselben an die Gemeindeangehörigen, später mittelst Verwerthung derselben zu Gunsten der Gemeindekasse verfügt hat, war der Bezug der Pferchnächte Seitens der Herrschaft aus dem der Beklagten zustehenden Gemeindewaiderechte niemals Gegenstand der Verfügung der Gemeindebehörden. Durch das vorgelegte Lagerbuch von 1735 ist erwiesen, daß die Pferchnutzung der Herr-

[1] Württ. Archiv Bd. 6 S. 377 ff., Bd. 15 S. 82.

schaft, der Gemeinde gegenüber, als ein dauerndes Recht der Herrschaft bestand und von der Gemeinde als ein solches anerkannt war; es ist ferner durch dieses Lagerbuch, beziehungsweise das Observanzbuch erwiesen, daß diese Pferchnutzung dem Pferchbezug der Gemeinde und der Gemeindeangehörigen vorging, und daß der der Gemeinde verbleibende Pferchbezug der Aufsicht und Genehmigung der Herrschaft unterstellt war. Die Pferchnutzung der Herrschaft, welche in früheren Zeiten nach ihrem Umfang nicht genau bestimmt war, ist in dem Observanzbuch auf jährlich 30 Pferchnächte festgestellt, und wurde in diesem Umfange über ein Jahrhundert lang und bis auf die neueste Zeit unverändert ausgeübt. Von allen Beschlüssen der Gemeindebehörden über Benutzung und Verwerthung der der Gemeinde verbleibenden Pferchnutzungen blieb das Pferchnutzungsrecht der Herrschaft nach Umfang und Art der Ausübung unberührt und nur in der Leistung an den Schäfer für den Pferchschlag trat im Lauf der Zeit eine Erhöhung ein, welche aber für das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien um so weniger von erheblicher Bedeutung sein kann, als der Anlaß und Grund dieser übrigens unbedeutenden Gebührenerhöhung nicht bekannt ist. Da ferner die Herrschaft in ihrer Eigenschaft als Grundherrschaft der beklagten Gemeinde, wie nicht bestritten ist, bis zum Jahr 1849 außerhalb des Gemeindeverbands stand, so kann der seitherige Pferchbezug derselben, welcher nach Obigem seit unvordenklicher Zeit unabhängig von den Beschlüssen der Gemeinde über ihr Gemeindewaiderecht, und ebenso nach der Erlassung des Gesetzes vom 18. Juni 1849 unverändert und unbeanstandet ausgeübt wurde, nicht auf dem dem öffentlichen Rechte angehörigen Grunde des Kommunalverbandes beruhen, wie die beklagte Partei behauptet hat. Vielmehr erscheint der seitherige Pferchbezug als Ausfluß eines durch unvordenkliche Verjährung sanktionirten auf dem Kommun-Schafwaiderecht der Beklagten ruhenden dinglichen Privatrechts und erscheint demgemäß die auf

Anerkennung dieses Rechts gerichtete Klage als begründet.

Entscheidung des Obertribunals in Sachen Neipperg c. Neipperg vom 8. Sept. 1874.

2) Kulturbeschränkungen im Sinne des Waideablösungsgesetzes vom 26. März 1873.

Die Realgemeinderechtsbesitzer von Hinterlengenberg hatten in den 40er Jahren die Rechtsverhältnisse der Realgemeinde vertragsmäßig geordnet und hiebei unter Anderem festgesetzt: „§. 2. Wenn auf die Sommerwaide eine gemeinschaftliche Schafwaide nicht angenommen werden will, wozu sämmtliche Gemeinderechtsbesitzer ihre Einwilligung zu geben haben, so ist jeder dieser Letztgenannten berechtigt, 20 Stück Schafe im Sommer auf sein eigenes Brachfeld weiden zu lassen, die Zahl dieser Schafe darf aber in keinem Fall überschritten werden." Nach dem Erscheinen des Waideablösungsgesetzes erhoben nun drei Gemeinderechtsbesitzer gegen den vierten Klage auf Befreiung von der hierin gelegenen Beschränkung, beziehungsweise darauf, daß sich der Beklagte jeder Einsprache gegen die unbeschränkte Benutzung und Bewaidung der klägerischen Grundstücke zu enthalten habe. Das Abwaiden, wurde klägerischer Seits geltend gemacht, sei nur eine Art der Früchteeinheimsung, eine Beschränkung darin sei also eine Kulturbeschränkung; Zweck des erwähnten Gesetzes sei aber, den Grundeigenthümer gegen alle Arten von Kulturbeschränkungen zu schützen. Die Civilkammer des Kreisgerichtshofs in E. trat jedoch dieser Ausführung nicht bei, sondern verwarf die Klage, welches Urtheil von dem Obertribunal aus folgenden Gründen bestätigt wurde:

Das Gesetz vom 26. März 1873 stellt in Art. 1 den Grundsatz auf, daß durch die Waide die Benutzung des Grundeigenthums nie beschränkt werden könne, es hebt deßhalb die Kulturbeschränkungen [2], die in einem Waide-

[2] Welche Kulturbeschränkungsbefugnisse von dem Gesetz vom 26. März 1873 für aufgehoben erklärt werden wollen, läßt sich zwar aus

recht ihren Grund haben, auf, und bestimmt dabei noch, daß der Eigenthümer durch das Waiderecht insbesondere nicht gehindert sei, die auf seinem Grundstück kultivirten Gewächse und in der geschlossenen Zeit seine Wiesen abzuwaiden. Daß aber auch aus andern Gründen als wegen eines Waiderechts der Eigenthümer in der Kultur, bezw. der Abwaidung seiner Grundstücke nicht beschränkt werden dürfte, ist im Gesetz nicht gesagt und es bietet auch die Entstehungsgeschichte desselben keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß die gesetzgebenden Faktoren beabsichtigt haben, einen solchen Grundsatz aufzustellen; wohl aber wurde in dem Bericht der Kommission der Kammer der Abgeordneten ausdrücklich hervorgehoben, daß jenes Abwaiden seiner Grundstücke, worin der Eigenthümer durch ein Waiderecht nicht gehindert sein soll, nur geschehen dürfe unbeschadet der Rechte Dritter. Die Kläger sind nun aber in Benutzung ihrer Güter nicht durch ein Waiderecht beschränkt. Allerdings bildete das ihnen und dem Beklagten als den Realgemeinderechtsbesitzern von Hinterlengenberg auf der dortigen Markung zustehende Waiderecht die Veranlassung zu Abschluß des in §. 2 der Urkunde vom 18. November 1845 enthaltenen Vertrags. Durch diesen wurde jedoch das gemeinschaftliche Waiderecht für den Fall, daß nicht alle Betheiligten dessen Ausübung beschließen, außer Wirksamkeit gesetzt und gerade nur für diesen Fall der Einzelne in Benützung seines Eigenthums beschränkt; der Grund dieser Beschränkung, welche nach dem Klagegesuch für aufgehoben erklärt werden soll, ist also nicht ein Waiderecht — sei es ein Waiderecht der Realgemeinde oder ein Waiderecht des Beklagten.

Obertribunalentscheidung in Sachen Zeller c. Kucher vom 22. Dezember 1874.

---

dem Inhalt des Art. 1 entnehmen, ist aber im Art. 38 noch bestimmter dahin definirt, daß die „mit einem privatrechtlichen Waiderecht verbundenen oder mit einer öffentlich-rechtlichen Waide verknüpften Kulturbeschränkungen" gemeint sind.

3) Nachweis der Erforderniſſe einer Liegenſchaftsveräußerung bei fehlender Vertrags-Urkunde.

Bis in die neueſte Zeit war beim Obertribunal kein Rechtsſtreit anhängig geweſen, in welchem die Ausfertigung und Unterzeichnung einer Urkunde Seitens beider Kontrahenten über Veräußerung von Liegenſchaften durch Zugeſtändniß unſtreitig war, die Vertragsurkunde ſelbſt aber nicht vorlag, und der Streit unter den Parteien ſich darum drehte, ob den Vorſchriften des Liegenſchaftsgeſetzes bezüglich der Bezeichnung des Vertragsgegenſtandes, des Datums u. ſ. w. entſprochen ſei. Wäre die Liegenſchaftsurkunde (wie dieß beim Wechſel der Fall iſt) der ausſchließliche Träger des zwiſchen den Kontrahenten begründeten Obligationsverhältniſſes, oder wäre die Abſicht des Liegenſchaftsgeſetzes die, daß die Kaufsurkunde das alleinige Beweismittel für die Form und den Inhalt des Vertragswillens ſein ſolle (welche Eigenſchaft durch das franzöſiſche Recht den Urkunden von einem gewiſſen Vertragswerthe an beigelegt iſt), ſo wäre ein Rechtsfall der erwähnten Art einfach damit zu entſcheiden, daß beim Fehlen der Urkunde von einem klagbaren oder beweiskräftigen Kaufkontrakt nicht die Rede ſein könne. Das Obertribunal iſt aber in dem Falle, der unten mitgetheilt wird, davon ausgegangen, daß weder die eine noch die andere jener beiden Auffaſſungen berechtigt wäre und daß folgerichtig der Beweis der Abfaſſung, der Unterzeichnung und der ſonſtigen geſetzmäßigen Vorausſetzungen, ſowie des ganzen materiellen Inhalts einer Liegenſchaftsurkunde mit allen prozeſſualiſch zuläſſigen Beweismitteln geführt werden könne [4].

---

[3] Ueber die rechtliche Natur der Vertrags-Urkunde bei Liegenſchaftsveräußerungen ſ. auch Archiv Bd. 10 S. 455 Note 11.

[4] So aufgefaßt ſtellt ſich als eine Analogie aus dem gemeinen Rechte der Fall dar, wenn ein ſchriftliches Teſtament verloren gegangen iſt; ſ. Sinteni's Civilrecht 2. Aufl., Bd. 3 §. 190 Note 8 S. 534.

Hiernach wurde in Sachen Haag c. Holl folgendermaßen entschieden:

Klägerischerseits ist behauptet, daß über den streitigen Kaufvertrag eine den Vorschriften des Gesetzes vom 23. Juni 1853 entsprechende Urkunde abgefaßt und von den Kontrahenten unterzeichnet worden sei. Die Urkunde selbst aber ist nicht beigebracht worden, weil solche der Beklagte nach der Unterzeichnung zur Hand genommen hat und nicht mehr zu besitzen behauptet.

Wenn der Kläger beweist, daß die von den Parteien unterzeichnete Urkunde den Vorschriften des genannten Gesetzes entsprach, so ist damit das rechtsverbindliche Zustandekommen des Kaufvertrags und die Verbindlichkeit des Beklagten zu dessen Erfüllung erwiesen, da dieses Gesetz als Erforderniß der Gültigkeit eines Kaufvertrags über Liegenschaften nur die schriftliche Abfassung und Unterzeichnung einer dem Gesetz entsprechenden Urkunde festsetzt, nicht aber bestimmt, daß der Inhalt eines solchen Vertrags nur durch die Vertragsurkunde erwiesen werden könne. Der Beweis, daß die fehlende Vertragsurkunde den gesetzlichen Vorschriften entspreche, insbesondere daß dieselbe eine hinreichend bestimmte Bezeichnung der Kaufsgegenstände und das richtige Datum enthielt, erscheint vollständig erbracht. (Dieser Beweis wurde theils in Anerkenntnissen, theils und hauptsächlich in den Aussagen von Zeugen gefunden, die beim Vertragsabschluß und der Abfassung der Urkunde zugegen waren; die Mittheilung der diesfallsigen rein faktischen Ausführungen wird unterbleiben können.)

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Oktbr. 1874 in Sachen Haag c. Holl.

4) Liegenschaftsgesetz; Einrede des Irrthums gegen den Inhalt der Vertragsurkunde[5].

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist die Einrede, daß die Vertragsschließenden oder einer derselben bei Unter-

[5] Die Thesis des Obertribunals, welche sich für die Statthaftigkeit einer solchen Einrede ausspricht, ist bereits im 14. Bande dieses

zeichnung der Vertragsurkunde ſich über den Inhalt derſelben, z. B. bezüglich desjenigen, was darin als Kaufsgegenſtand bezeichnet iſt, im Irrthum befunden haben, zuläſſig. Denn dann liegt in der Unterzeichnung der Urkunde in Wirklichkeit kein Anerkenntniß deſſen, was in derſelben zum Ausdruck gekommen iſt, und iſt ſomit in der Ausſtellung der Urkunde eine dem Inhalte derſelben entſprechende Willenserklärung nicht zu finden. Dieſe Grundſätze müſſen auch da zur Anwendung kommen, wo das Geſetz zur Giltigkeit des Vertrags die Fixirung des Vertragswillens in einer ſchriftlichen Urkunde verlangt, und insbeſondere hat hierin das Geſetz vom 23. Juni 1853, indem es Kauf- und Tauſchverträge über Liegenſchaften für nichtig erklärt, wenn ſie nicht ſchriftlich abgefaßt und von den Kontrahenten oder ihren Bevollmächtigten unterzeichnet ſind, nichts geändert[6]. In dem gedachten Falle iſt daher die zu einem giltigen Liegenſchaftskaufe erforderliche ſchriftliche Willenserklärung, und ſomit, wenn der Irrthum einen nach dem Geſetze oder dem Willen der Kontrahenten weſentlichen Vertragspunkt betroffen hat, ein giltiger Vertrag überhaupt nicht vorhanden[7].

Zur Begründung der Einrede des Irrthums über den Inhalt der unterzeichneten Urkunde genügt nun allerdings die Behauptung nicht, daß bei den dem ſchriftlichen Vertragsabſchluß vorangegangenen mündlichen Verhandlungen etwas anderes verabredet worden ſei, als die Vertragsurkunde enthält: denn das Geſetz beſtimmt ja, daß nicht der mündliche, ſondern nur der ſchriftlich erklärte Wille

---

Archivs S. 137 mitgetheilt; die hier abgedruckte Entſcheidung gibt die Begründung jener Theſis, die dort nur im Allgemeinen angedeutet iſt.

[6] Vergl. auch Verh. d. K. d. Standesh. von 1851/53, Beilagenband I—III S. 768b, 769a, Prot.-Bd. III S. 944.

[7] Seuffert, Archiv, Bd. XXV. Nr. 230 S. 354, Bd. XV. Nr. 12 S. 20. Württ. Archiv Bd. X. S. 453, 457, Bd. XIV. S. 137.

verbindend sein solle, und die Vermuthung spricht dafür, daß derjenige, welcher eine Urkunde unterzeichnet habe, auch deren Inhalt nach seinem vollen Umfange, sei es mit vollständiger Kenntniß desselben oder indem er sich in mehr oder minder weit gehendem Maße gleichgiltig verhält, genehmigt habe, ohne Rücksicht auf das, was zuvor, wie er wissen mußte, in nicht verbindender Weise mündlich beredet wurde [8]. Es kann daher nicht genügen, wenn nur die Unkenntniß des Inhalts der Urkunde bei der Unterzeichnung und die Abweichung desselben von dem zuvor Beredeten vorgeschützt wird [9], sondern es muß dargelegt werden, wie der Unterzeichner des Widerspruchs der Urkunde mit dem von ihm unterstellten Inhalte derselben ungeachtet, zu deren Unterzeichnung veranlaßt worden sei [10]. Andernfalls wäre der Zweck des Gesetzes, welches ja gerade Zweifel und Streit über den Inhalt der Willensübereinkunft der Kontrahenten durch die Vorschrift der schriftlichen Form der Willenserklärung abschneiden will, vereitelt. Dadurch ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß zur Begründung und zum Beweise des bei der Unterzeichnung vorgekommenen Irrthums über den Inhalt der Urkunde auch die deren Abfassung vorangegangenen mündlichen Verabredungen benützt werden dürfen und dieselben können im einzelnen Falle von besonderer Bedeutung werden, wenn sie in dem betreffenden Punkt schließlich eine ganz bestimmte Gestalt gewonnen haben, wenn die zu deren Wiedergabe vorgenommene Abfassung der Urkunde sich ohne Weiteres an die mündliche Uebereinkunft angeschlossen hat und dadurch die Annahme an die Hand gegeben wird, die Vertragschließenden oder einer derselben haben nur eine mit dem zuvor mündlich Ausgemachten übereinstimmende Urkunde unterzeichnen wollen, die Urkunde sei also trotz jenes

---

[8] Seuffert, Archiv, Bd. III. Nr. 141, vergl. Bd. VIII. Nr. 26.
[9] Seuffert, Archiv, Bd. XIV. Nr. 16, Bd. XXV. Nr. 227.
[10] Seuffert, Archiv, Bd. XIV. Nr. 230.

Widerſpruchs nicht ſowohl aus Indifferenz gegen ihren Inhalt, als vielmehr in dem, im gewöhnlichen Verkehre gerechfertigten Vertrauen auf ihre Abfaſſung in Uebereinſtimmung mit dem zuvor, wenn auch noch nicht formell bindend, ausgeſprochenen Willen, unterzeichnet worden [11].

Unter dieſem Geſichtspunkte erſcheint die Einrede des Beklagten (in dem zur Entſcheidung vorgelegenen Falle) als zureichend begründet. Wenn die unmittelbar der Abfaſſung der Urkunde vorangegangene, durch Handſchlag bekräftigte Verabredung dahin gegangen iſt, daß Beklagter nur die auf Uttenhofer Markung gelegene Liegenſchaft des Klägers feſt kaufe, bei dem Andern aber, gleichviel welche Worte gebraucht wurden, die Wahl habe, und Beklagter gleichwohl die vom Kläger geſchriebene Urkunde, welche als verkauft auch die Parz. 1124 auf Weſtheimer Markung aufführt, unterzeichnet hat, ohne daß die Umſtände darauf führen, daß ihm letzteres zum Bewußtſein gekommen, ſo iſt allerdings die Annahme gerechtfertigt, daß er die Urkunde im Vertrauen darauf, daß Kläger ſie in dieſem weſentlichen Punkte der vorangegangenen präziſen Abrede gemäß niedergeſchrieben habe, unterzeichnet und daß er dieß nicht gethan hätte, wenn er überzeugt geweſen wäre, daß darin ein über 3 Morgen haltendes Grundſtück auf Weſtheimer Markung als unwiderruflich mitverkauft aufgeführt ſei.

Entſcheidung des Obertribunals in Sachen Schwarzkopf c. Kiderer vom 26. September 1874.

5) Einfluß des Irrthums bei Liegenſchafts-Veräußerungen.

Die Urkunde über den in der vorhergehenden Nummer erwähnten Liegenſchaftsverkauf lautete folgendermßaen: Es kauft heute K. Kiderer von U. von dem Bevollmäch-

[11] Vergl. Württ. Archiv Bd. XIV. S. 137. Seuffert, Archiv Bd. XXV. Nr. 263.

tigten des H. W. Schwarzkopf von W. die sog. Glökwieſe auf Uttenhofer Markung (Parz.-Nr. 413) mit 3 1/8 Morg. 47,0 Rth. Wieſen und 30 Rth. Land und Parz.-Nr. 1124 auf Weſtheimer Markung 3 3/8 Morg. 37,4 Rth. per Morgen um und für die Summe von 230 fl. zahlbar auf 6 Jahresziele ꝛc. ꝛc. Der Käufer Kiderer hatte ſich alsbald in den Beſitz der Parz.-Nr. 413 geſetzt, die Uebernahme der auf Weſtheimer Markung gelegenen Parz. 1124 dagegen verweigert, weil er dieſes Grundſtück nicht gekauft habe und bei Unterzeichnung der Kaufsurkunde im Irrthum ſich befunden habe. Daraufhin klagte der Verkäufer Schwarzkopf auf die Anerkennung des Kaufvertrags und erhob für den Fall der Abweiſung dieſer Klage eventuell den Anſpruch auf Herausgabe der Parzelle 413, welchen Anſpruch er damit begründet, daß, wenn die Exiſtenz eines Kaufvertrags über Parzelle 1124 wegen Irrthums des Käufers zu verneinen ſei, auch die erforderliche Kaufsurkunde in Betreff der Parzelle 413 rechtlich nicht mehr beſtehe und jedenfalls Kläger letztere nicht allein, ſondern nur mit der andern Parzelle zu einem gemeinſamen Durchſchnittspreiſe verkauft habe. Das Obertribunal, nachdem es die Anerkennungsklage auf Grundlage der in der vorhergehenden Nummer angeführten Erwägungsgründe verworfen hatte, wies auch die eventuelle Klagbitte ab und ſprach ſich dabei folgendermaßen aus:

Nach dem Ergebniß der Beweisaufnahme ſteht feſt, daß Kläger und deſſen Bevollmächtigter ſchließlich damit einverſtanden waren, daß nur die Liegenſchaft auf Uttenhofer Markung auf ſofort verbindliche Weiſe verkauft ſein, bezüglich des Weiteren aber Beklagter noch freie Hand haben ſollte. Daß Beklagter in ſeiner Weigerung, ſich bezüglich der Parzelle 1124 zu binden, bis zum Schluſſe feſtgehalten habe, war dem Bevollmächtigten des Klägers bewußt und konnte auch dieſem ſelbſt nicht entgangen ſein; und wenn er auch in der beide Grundſtücke begreifenden Faſſung der Urkunde noch einen Verſuch gemacht hatte,

den Beklagten zu sofortiger bindender Uebernahme der Parzelle 1124 zu bestimmen, so mußte er sich doch sagen, daß er hierauf, wenn der Beklagte nicht einen geänderten Willen erkläre, keinen Anspruch gründen könne und es hiernach bei dem zuvor allein verabredeten Verkaufe der Parzelle 413 zu 230 fl. per Morgen sein Verbleiben habe. Ueber diesen Kaufvertrag fehlt es aber auch nicht an der gesetzlich erforderlichen Urkunde, insofern dieselbe, was zu bewirken Sache des Klägers gewesen wäre, nicht oder doch nicht unzweifelhaft zum Ausdruck bringt, daß nur beide Parzellen zusammen oder aber keine derselben als verkauft gelten solle. Die beiden Parzellen sind in der Vertragsurkunde nicht als ein Ganzes oder eine Gesammtheit, sondern abgesondert aufgeführt und wenn auch der Eingang nur von einem verkauften Grundstücke, der Glökwiese, spricht, so ist doch damit eine Beziehung auf das zweitaufgeführte Grundstück (Parzelle 1124) darum nicht gegeben, weil von der Glökwiese ausdrücklich gesagt ist „auf Uttenhofer Markung", Parzelle 1124 aber auch in der Urkunde als auf Westheimer Markung gelegen bezeichnet ist. Daraus aber, daß für beide Grundstücke der Kaufpreis dem Morgen nach auf die gleiche Summe von 230 fl. bestimmt ist, kann nicht geschlossen werden, daß damit vom Kläger ein Durchschnittspreis für beide zusammen habe bedungen werden wollen: denn es konnte ja der gleiche Preis per Morgen für jedes einzelne der beiden neben einander gelegenen Grundstücke schon an sich vom Kläger für sachgemäß erachtet werden; der Umstand aber, daß der Kaufpreis nicht für jedes der beiden Grundstücke in der entsprechenden festen Summe ausgedrückt ist, kann darin seinen Grund haben, daß man im Augenblicke diesen Betrag nicht berechnen wollte oder konnte. Enthält sonach die Urkunde zwei Kaufverträge über zwei Grundstücke, so zieht die Ungültigkeit des einen diejenige des andern nicht nach sich.

Entscheidung des Obertribunals vom 26. Sept. 1864 in Sachen Schwarzkopf c. Kiderer.

6) Unterzeichnung einer Liegenschafsveräußerungsurkunde durch einen Bevollmächtigten ohne Erwähnung dieser Eigenschaft in der Urkunde selbst.

Unterm 10. März 1874 wurde folgende Kaufvertragsurkunde aufgenommen: Jakob Ruoff von W. verkauft an Michael Grimmiger von H. ein Wohnhaus um die Summe von 2275 fl. Die Bedingungen sind folgende: . . . . . T. Jakob Ruoff. K. Wanner. Den Umstand, daß der Käufer Grimminger diese Urkunde nicht unterzeichnete, erklärte der Verkäufer Ruoff damit, daß Ersterer, bevor die Urkunde habe unterzeichnet werden können, wegen Abgangs des Bahnzugs sich habe entfernen müssen und deßhalb seinen Schwager, Kaspar Wanner, beauftragt habe, die Urkunde an seiner Statt zu unterzeichnen. Unter Berufung auf dieses Vorbringen klagte der Verkäufer Ruoff auf Vollziehung des Vertrags, indem er geltend machte, es sei nicht vorgeschrieben, daß, wenn ein Bevollmächtigter beim Kaufsabschluß auftrete, derselbe „als Bevollmächtigter" in der Liegenschaftsurkunde unterzeichne; es müsse also genügen, wenn nur der Name des Bevollmächtigten unterzeichnet sei und die Bevollmächtigung anderweit erwiesen werde; man dürfe in ein Gesetz, das gerade auch für den Verkehr der ländlichen Bevölkerung berechnet sei; nicht etwas hineinlegen, was diejenigen, welche es anzuwenden haben, nicht daraus ersehen können. Das Obertribunal trat indessen diesen Ausführungen nicht bei und verwarf in Uebereinstimmung mit dem Gerichtshof in E. die angestellte Klage.

Daraus, daß die von einem Bevollmächtigten unterzeichnete Vertragsurkunde nicht zugleich den Akt des Bevollmächtigung enthalten oder den Nachweis der Bevollmächtigung liefern muß[12], kann nicht darauf geschlossen

[12] Zu vergleichen dieses Archiv Bd. XIV. S. 736, Bd. XI. S. 167.

werden, daß dieselbe auch nicht ersehen lassen müsse, daß derselbe als Bevollmächtigter gehandelt habe. Nach der Vorschrift des Gesetzes, daß Kaufverträge über Liegenschaften schriftlich abgefaßt werden müssen, muß die Vertragsurkunde einschließlich der Unterschrift den Willen des Unterzeichners über die Liegenschaft zu kontrahiren, vollständig zum Ausdruck bringen. Wo nun aber Jemand einen auf fremde Rechnung gehenden Kaufvertrag nicht auf eigenen Namen, sondern auf den Namen des Verkäufers oder Käufers abschließen will, kann sein Wille dieß zu thun gar nicht anders zum Ausdruck kommen, als daß dieses Verhältniß des Handelnden zu demjenigen, für welchen er kontrahirt, von ihm zugleich dargelegt wird, was, wo das Gesetz schriftliche Willenserklärung verlangt, eben nur in schriftlicher Form geschehen kann. Eine Urkunde, welche nur den Namen des Kontrahenten und die Unterschrift des Namens eines Dritten enthält, ist für sich selbst nicht der genügende Ausdruck einer Willenserklärung, daß dieser Unterzeichner für den in der Urkunde Genannten kontrahire. Dieß kann erst aus Momenten, welche außerhalb der Urkunde liegen, entnommen werden, sofern die Unterzeichnung ebensowohl in der Absicht einer Beurkundung als Zeuge oder der Kenntnißnahme zur Einholung der Entschließung des Betheiligten geschehen kann, als mit dem Willen diesen durch die Unterschrift bereits zu verbinden. Da nun in der Vertragsurkunde vom 10. März 1874 in keiner Weise zum Ausdruck gekommen ist, daß K. Wanner als Bevollmächtigter des in derselben als Käufer genannten Beklagten oder überhaupt nur für diesen handle oder unterzeichne, so kann dieselbe nicht als den Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes, das hiemit nur nach seinem wahren Inhalte und Willen zur Anwendung gebracht wird, entsprechend erachtet werden. Dieser Mangel der Vertragsurkunde hätte auch nicht durch eine nachträgliche Anerkennung des Vertrags von Seiten des Beklagten, wenn je eine solche in dem Brief desselben vom

20. April 1874 zu finden wäre, gehoben werden können, da ja durch eine solche Anerkennung nicht die die Giltigkeit eines Liegenschaftsverkaufs stets bedingende Vertragsurkunde geschaffen worden wäre.

Entscheidung des Obertribunals in Sachen Ruoff c. Grimminger vom 23. Oktober 1874.

7) Liegenschaftsgesetz; Mäklerlohn bei einem auf dessen Umgehung gerichteten Veräußerungsvertrag[13].

Zwischen Christian H. in A., welcher dort ein Hofgut von über 100 Morgen besaß, und seinem Bruder Johannes H. in L., welcher an letzterem Orte gleichfalls ein Gut von über 100 Morgen, den sogen. Metzgerhansenhof, inne hatte, war bezüglich dieser beiden Güter ein Tauschvertrag geschlossen worden. Jedoch wurde blos diejenige Seite des Vertrags, wornach Johannes H. das in A. gelegene Gut erhalten sollte, und zwar in Form eines Kaufvertrags zum gerichtlichen Erkenntniß gebracht, wogegen die Abtretung des Metzgerhansenhofs geheim gehalten wurde, weil die Kontrahenten beabsichtigten, dieses Gut sofort parzellenweise zu verkaufen, was nach dessen Uebergang auf Christian H. durch Art. 11 des Liegenschaftsgesetzes verboten war. Johannes H. gerirte sich deßhalb fortwährend als Eigenthümer des Hofguts, bevollmächtigt zum Schein seinen Bruder Christian H., den Stückverkauf desselben vorzunehmen, welcher seinerseits den Johann Georg R., den jetzigen Kläger, als Unterhändler engagirte. Nach vollzogenem Verkauf erhob Letzterer gerichtliche Klage auf den ihn gebührenden Mäklerlohn, welche Klage von dem Obertribunal aus folgenden Gründen zurückgewiesen wurde:

Unter den vorliegenden Umständen kann ein Anspruch des Klägers auf den ihm zugesagten Mäklerlohn nur dann stattfinden, wenn der Kläger sich ohne Kenntniß der gesetz-

[13] Zu vergleichen Württ. Archiv Bd. XIII. S. 156—157.

widrigen Absicht der Gebrüder H. zur Mitwirkung bei deren Vorhaben hergegeben hat. Zwar ist ein Vertrag der vom Kläger eingegangenen Art an und für sich zu den erlaubten Handlungen zu zählen; wenn aber das Gesetz aus Gründen des öffentlichen Wohls ein bestimmtes Geschäft verbietet und für ungiltig erklärt und nun jene an sich erlaubte Handlung gerade zu dem Zwecke vorgenommen wird, um durch sie das vom Gesetz verbotene Geschäft zu befördern und zu realisiren, so wird der Charakter der Handlung hiedurch verändert, sie wird selbst eine unerlaubte, ein Theil des verbotenen Unternehmens und kann so wenig wie dieses letztere eine rechtliche Wirkung erlangen [14]. Nun hat zwar der Kläger die in seiner (schriftlichen) Klage abgegebene Erklärung, daß er die Absicht der Brüder H. gekannt und auszuführen beabsichtigt habe, späterhin dahin geändert, daß er erst allmälig im Verlaufe des Geschäfts die wahre Absicht der beiden H. erkannt, beziehungsweise erst in neuester Zeit vollends Gewißheit darüber gewonnen habe. Allein alle Umstände und Gründe führen zu der Annahme, daß jene erste Erklärung der Wahrheit entsprach. Hiernach mußte man zu der Ueberzeugung gelangen, daß der Kläger von Anfang an den gesetzwidrigen Zweck der Gebrüder H. gekannt und zu Förderung dieses Zwecks den Mäklervertrag eingegangen hat.

Entscheidung des Obertribunals in Sachen H. c. H. vom 27. Nov. 1874.

8) Nochmaliger Verkauf derselben Sache.

Es liegt der Fall vor, daß dem zweiten Käufer nicht unbekannt geblieben ist, daß derselbe Gegenstand bereits früher an einen andern Käufer verkauft worden war. Wie bei einem wissentlichen Kauf einer fremden Sache der Käufer gegen den Verkäufer nicht auf Erstattung des Interesse klagen kann, weil er durch den wissentlichen Kauf einer

[14] Windscheid, Pandekten Bd. II. S. 184, Seuffert, Archiv Bd. VI. Nr. 166.

fremden Sache die hiemit verbundene Gefahr ſtillſchweigend übernommen hat[15], ſo kann in ähnlicher Weiſe auch im vorliegenden Falle die Klägerin, da ſie mit dem vorangegangenen erſten Verkauf bekannt war und ſich denken konnte, welcher Konflikt mit dem älteren und vorgehenden Recht des erſten Käufers[16] für ſie entſtehen könnte, nicht berechtigt ſein, gegen den Verkäufer, den Beklagten, wegen eines Kaufes auf Leiſtung des Intereſſes und auf Schadloshaltung zu klagen, bezüglich deſſen ſie in gleicher Weiſe, wie dieſer, vom Stand der Sache unterrichtet war und ſich nicht verhehlen konnte, welche Kolliſion und welche Gefahr ſich für ihren Kauf ergeben könne[17].

Entſcheidung des Obertribunals in Sachen Keſer c. Daiber vom 1. Dez. 1874.

9) Rechtliche Folge der Erfüllung eines nochmaligen Verkaufs der gleichen Sache.

In dem zur vorigen Ziffer erwähnten Rechtsſtreit war unbeſtritten, daß die Holzhandlung K. u. Cie. in Untertürkheim im Auguſt 1873 mit Anton D. in Anwangen, O.A. Waldſee, einen ſchriftlichen Kaufvertrag über das ſämmtliche auf dem Waldkomplex des Beklagten D. ſtehende Holz abgeſchloſſen hatte. Die Klägerin ließ hierauf im Herbſt 1873 die als Nutzholz brauchbaren Stämme fällen und floßrecht herrichten, die Stangen räppeln, auch auf ſämmtlichen Stämmen und Stangen das Zeichen ihrer Firma anbringen. Als die Klägerin im März 1874 das Holz fortſchaffen wollte, war es nicht mehr da. Der Be-

---

[15] c. 27 cod. evict. (8. 45). Glück, Komment. Bd. XX. S. 228 ff. Bangerow, Pandekten §. 610, Anm. 5. Windſcheid, P.R. §. 391 Nr. 39. Sintenis, C.R. §. 116. IV. Seuffert, Archiv Bd. IX. Nr. 278.

[16] c. 26 Dig. loc. (19. 2.) Glück, Komment. Bd. XVII. S. 215. Wächter, W. P.R. Bd. II. S. 593.

[17] Glück, Komment. Bd. XVII. S. 219. Württ. Archiv Bd. VI. S. 168 Nr. 18.

klagte hatte nämlich schon im Mai 1873 das gleiche Holz an die Gebrüder Bek von Waldsee verkauft gehabt, hatte einer von diesen zu Ende des Jahres 1873 angestellten Vertragserfüllungsklage stattgegeben und bald hernach, nachdem die Bek den Kaufschilling aufgebracht hatten, das fragliche Holz denselben überlassen. Daraufhin erhob die Klägerin Schadensersatzansprüche, indem sie theils die Kontraktsklage, theils die condictio furtiva anstellte, letztere mit dem Hinweise darauf, daß sie bereits Eigenthümerin des Holzes geworden sei und daß sich der Beklagte, indem er die Klägerin aus ihrem Eigenthum verdrängt habe, einer zum Ersatz des liquidirenden Schadens verpflichtenden Entwendung schuldig gemacht habe. Das Obertribunal wies diese Ansprüche zurück aus folgenden Gründen:

Die Verhältnisse des vorliegenden Falls sind von der Art, daß sie den Kauf zwischen der Klägerin und dem Beklagten als unter der stillschweigenden Voraussetzung geschlossen erscheinen lassen, daß der vorangegangene Verkauf an die Gebrüder Bek kein Hinderniß bilde, dieselben ihrerseits keinen Anspruch auf das Holz erheben. Die Gebr. Bek hatten die Bezahlung des Kaufgeldes schon länger verzögert, der Beklagte konnte leicht der Meinung sein, sie können oder werden keinen Anspruch mehr erheben, die Klägerin war von beklagter Seite nach ihrer eigenen Angabe in offener Weise von dem Stand der Sache in Kenntniß gesetzt; es war ihr bekannt, daß das Holz schon vorher an die beiden Bek verkauft worden sei. Nach dieser Lage der Verhältnisse und da sie sich selbst sagen mußte, dem Beklagten werde das Abkommen mit den ersten Käufern am Ende doch nicht gelingen, konnte die Klägerin nicht auf die unbedingte Ausführung ihres Kaufs und mit Bestimmtheit auf den Zurücktritt der Gebr. Bek von ihrem älteren und vorgehenden Anspruch rechnen, wie sich unter solchen Umständen auch dem Beklagten nicht unterstellen läßt, er habe bei dem Verkauf an die Klägerin nicht vorausgesetzt, daß die Gebr. Bek keinen Anspruch mehr erheben werden, und er

habe sich für den anderen Fall allen hiemit verknüpften Verwickelungen und Gefahren aussetzen wollen. Alle diese Verhältnisse, namentlich der Umstand, daß der Klägerin jener erste Verkauf kund gegeben worden ist, rechtfertigen daher die Annahme, daß bei dem zweiten Verkauf beiderseits der Fall vorausgesetzt worden ist, daß die ersten Käufer einen Anspruch nicht erheben, dieselben nicht in den Weg treten. Da aber diese Voraussetzung, von welcher beide Theile ausgegangen sind, nicht zugetroffen ist, so kann den Beklagten deßhalb, weil die Klägerin auf Grund des zweiten Vertrags das Holz nicht erhalten hat, eine Haftung nicht treffen. Zwar hat die Klägerin das als Nutzholz brauchbare Stammholz gefällt, floßrecht hergerichtet, die Stangen geräppelt, auch beide mit ihrem Zeichen gestempelt, und es läßt sich weder bezweifeln, daß dies mit Vorwissen des Beklagten geschehen ist, noch daß hierin, wenigstens in Betreff dieser Stämme und Stangen die Uebergabe an die Klägerin liegt. Allein ist dem Obigen zufolge anzunehmen, daß der Verkauf des gesammten Holzes an die Klägerin von Anfang an nur unter der angegebenen Voraussetzung erfolgt ist, so ist, weil für die Unterstellung einer Aenderung der Absicht kein thatsächlicher Anhaltspunkt vorliegt und hervorgetreten ist, auch anzunehmen, daß die anfängliche Absicht und Voraussetzung fortgewirkt, letztere auch der Uebergabe der Stämme und Stangen zu Grund gelegen hat, und kann daher auch aus dieser bedingten Ueberlassung der genannten Gegenstände dem Beklagten eine Verpflichtung, wie sie der klägerische Anspruch voraussetzt, nicht erwachsen.

Da schon aus diesen Gründen der ganze Ersatzanspruch der Klägerin als unbegründet sich darstellt, so kann von der Frage abgesehen werden, ob, da durch die erwähnte Uebergabe wenigstens in Ansehung der Stämme und Stangen seitens des Beklagten gegenüber von der Klägerin der Vertrag erfüllt war, dem ersteren deßhalb, weil er die Brüder Bek die der Klägerin bereits übergebenen Stämme ꝛc. habe an

ſich ziehen laſſen, eine ſolche Verſchuldung und ein ſolches widerrechtliches Handeln zur Laſt fallen würde, wie es die von klägeriſcher Seite unter dieſem Geſichtspunkte angeſtellte Entwendungsklage (condictio furtiva) vorausſetzt.

Entſcheidung des Obertribunals in Sachen Keſer c. Daiber vom 1. Dez. 1874.

10) Einrede des nicht erfüllten Vertrags bezüglich eines Hausbaus[18].

Die Kläger, Bauunternehmer G. und L., hatten an dem von dem Beklagten B. beabſichtigten Hausbau die Steinhauer- und Maurer-Arbeit im Akkord übernommen. In den von dem Architekten H. entworfenen Vertragsbeſtimmungen wurde feſtgeſetzt: Ziff. 2. Für die gute Ausführung der Arbeiten nach der in dem Ueberſchlag gegebenen Vorſchrift, ſowie für die Güte der angewandten Materialien haben die Unternehmer auf eine Anzahl von Jahren Garantie zu leiſten. Sie ſind daher verbunden, innerhalb 3 Jahren alle durch ihr Verſchulden ſich ergebenden Mängel unentgeldlich zu verbeſſern. Ziff. 4. Die Bauleitung wird darüber wachen, daß die Arbeiten untadelhaft nach dem Ueberſchlag, den vorliegenden Zeichnungen oder Muſtern ausgeführt werden und es ſteht derſelben das Recht zu, jede Arbeit, die nicht vorſchriftsgemäß und untadelhaft ausgeführt ſein ſollte, zu verwerfen und die gute Herſtellung derſelben anzuordnen, ohne daß hiefür von den Unternehmern eine Entſchädigung angeſprochen werden könnte. Nach Vollendung der von den Klägern übernommenen Arbeiten erfolgte die Reviſion und Richtigſtellung des klägeriſchen Verdienſtguthabens durch den Bevollmächtigten des Beklagten, den Architekten H., wobei ſich die Forderung der Kläger auf 10,546 fl., ſomit nach Abzug

[18] Die hier mitgetheilte Entſcheidung enthält die Anwendung und nähere Ausführung der in dieſem Archiv Bd. VI. S. 165 aufgeſtellten Sätze. Bei der Häufigkeit analoger Streitverhältniſſe wird ſich dieſe Mittheilung von ſelbſt rechtfertigen.

von 3 während der Ausführung des Bauwesens erhaltenen Abschlagszahlungen auf 4546 fl. berechnete. Noch vor dieser Endabrechnung hatte der Beklagte, nachdem er das neugebaute Haus theilweise selbst bezogen, theilweise vermiethet gehabt, solches weiter veräußert. Die klägerische Restforderung wurde jedoch von dem Beklagten nicht anerkannt und auf deren gerichtliche Einklagung von ihm die Abweisung der Klage beantragt, weil die von den Klägern gelieferte Arbeit mit so wesentlichen Fehlern behaftet sei, daß er den Rest ihrer Forderung ohne Nachtheil nicht ausbezahlen könne. In Folge des von dem Richter 1. Instanz eingeleiteten Beweiseinzugs stellte sich mindestens so viel heraus, daß an der hintern Mauerwand des Hauses eine Ausbauchung vorhanden war, welche, theilweise von fehlerhaftem Mauern herrührend, zwar kein Abbrechen der Wand nöthig machte, aber um sie dem Auge zu entziehen, die nachträgliche Anbringung einer Gurt erforderte. Trotz dieses Beweisergebnisses wurde der Beklagte von dem Gerichte 1. Instanz der Klage gemäß verurtheilt, wogegen er in seiner Beschwerdeausführung hauptsächlich darauf sich berief, seine Einrede des nicht erfüllten Vertrags könne nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß er das auf seinen Grund und Boden errichtete Gebäude in Besitz genommen habe; es könne dem Bauherrn doch nicht zugemuthet werden, ein Haus, das schon sein Eigenthum sei, herrenlos stehen zu lassen, bis der einzelne Handwerksmann seine Verbindlichkeiten vollständig erfüllt habe; folglich müsse der Beklagte, auch nachdem er sich in den Besitz des Hauses gesetzt, dasselbe bewohnt und weiter veräußert habe, wegen der vorgefundenen Mängel die Einrede der Retention und eventuell eine Kompensationseinrede erheben können. Die oberste Instanz sprach sich hierüber folgendermaßen aus:

Was den in erster Linie gestellten Antrag betrifft, die Klage wegen nicht gehöriger Vertragserfüllung Seitens der Kläger zur Zeit abzuweisen, bis die erwähnte (und noch

zwei weitere) Ausſtellungen gegen die klägeriſche Arbeit gehoben ſeien, ſo war dieſer Antrag, da es ſich dem Großen und Ganzen der von den Klägern gelieferten und vom Beklagten übernommenen Arbeit gegenüber nur von partiellen und untergeordneten Ausſtellungen handelt, nach bekannten Grundſätzen (Württ. Archiv Bd. VI. S. 167) zu verwerfen.

Bezüglich der eventuell erhobenen Kompenſationseinrede kommt folgendes in Betracht: Der Defekt in Abſicht auf die nicht geradlinige Mauerung der Kläger, ſoweit derſelbe nicht erſt nachträglich in Folge des Sichſetzens des Gebäudes, wofür die Kläger nicht verantwortlich gemacht werden können, entſtanden ſein mag, mußte jedenfalls ſchon vor dem Aufſchlagen des Gebälks über den Parterreſtock des Hauſes wahrgenommen worden ſein. Die Arbeiten zu Herſtellung eines Hauſes haben ſich in einer beſtimmten Reihenfolge von Stufe zu Stufe abzulöſen; auf die Grabarbeit folgt die Legung des Fundaments und die Errichtung der Grundmauer, im gegebenen Falle die Errichtung der Steinhauer- und Maurerarbeit des Parterreſtocks und dann noch die weiteren zu Vollendung des Gebäudes im Inneren erforderlichen Arbeiten. Es liegt nun in der Natur des Vertragsverhältniſſes, weil gleichſehr im Intereſſe ſämmtlicher Betheiligten, daß da, wo die Arbeiten, welche aufeinander zu folgen haben, an verſchiedene Bauleute und Akkordanten vergeben ſind, die Arbeit, deren richtige Herſtellung die Vorausſetzung der folgenden bildet, von der Bauleitung geprüft und nach etwa erforderlicher Richtigſtellung übernommen wird. Lag von Seiten der Kläger eine theilweis krumme Mauerung an der Hinterwand des Hauſes vor und fand der Beklagte und ſeine Bauleitung die Arbeit nicht entſprechend, ſo mochte unter Angabe der anzubringenden Verbeſſerungen eine Aenderung und Abhülfe verlangt werden; nur wer die rechtzeitige Stellung eines ſolchen Verlangens vor Uebernahme der Arbeit der Kläger und vor Weiterführung des Bauweſens auf deren

Grundlage hin zu erwarten. Es wäre ganz verkehrt, wenn Jemand den Abbruch und Wiederaufbau einer eben erst errichteten Grundmauer beabsichtigen würde und anstatt durch die Bauleitung das Nöthige zu dieser baulichen Herstellung anzuordnen, mit dem Weiterbau des Hauses sammt all' den inneren Einrichtungen durch die verschiedenen Bauleute vorgehen, sogar die Lokalitäten beziehen wollte, ja das Haus zum Verkauf brächte, um hintendrein den Abbruch und Wiederaufbau der Mauer, was zu rechter Zeit mit geringer Mühe hätte geschehen können, unter unverhältnißmäßig großen Opfern zu verlangen. Würde der Beklagte solchen Sinnes gewesen sein, so hätte er sich zugleich sagen müssen, daß, gesetzt die Kläger hätten nach den eingetretenen Zwischenfällen überhaupt noch zu Anbringung der desiderirten Verbesserungen an der Mauer in Anspruch genommen werden können, dieß nur nach dem Stande der Sache zur Zeit, als von dem Bauherrn oder seiner Bauleitung die betreffenden Mängel ihrer Arbeit entdeckt waren, verlangt werden könnte, daß dagegen der Bauherr alle weiteren Mehrkosten, welche durch den Weiterbau, ohne zuvor durch die Bauleitung die nothwendigen Verbesserungen an der klägerischen Arbeit bezeichnet und angeordnet zu haben, herbeigeführt werden mußten, wenn jetzt noch diese Verbesserungen vorgenommen werden sollten, auf sich zu leiden haben würde, indem Niemand einen Schaden, den er vermeiden konnte, ersetzt verlangen kann. Hieraus erhellt, daß die Schadensberechnung, welche der Beklagte wegen der in Rede stehenden Ausstellung gegen die Arbeit der Kläger aufstellt, zum weitaus größeren Theile zu Lasten des Beklagten selbst kommen mußte, so daß ihn das Interesse an der architektonischen Linie der Hinterwandung des von ihm verkauften Hauses ziemlich theuer zu stehen käme.

Nach diesen Erwägungen läßt das Verhalten des Beklagten dem Kläger gegenüber vernünftiger Weise keine

andere Deutung zu, als daß er die Arbeit der Kläger, wenn sie auch keine vollkommen gelungene sein mochte, thatsächlich genehmigt und übernommen habe, wie denn auch die Richtigstellung und Revision der klägerischen Verdienstrechnungen durch den leitenden Baumeister des Beklagten, welche doch nothwendig eine Prüfung und Genehmigung der Arbeiten der Kläger zur Voraussetzung haben mußte, für ein Absolutorium derselben in Absicht auf die bis dahin geleisteten Arbeiten (unter denen auch die fragliche Hinterwand sich befindet) anzusehen ist. Darnach war die auf die Mangelhaftigkeit dieser Wand gestützte Kompensationseinrede als unbegründet zu verwerfen.

Obertribunalentscheidung vom 12 Mai 1874 in Sachen Bauer c. Gaugler u. Gen.

11) Haftung des Verkäufers für verschwiegene Servitutenrechte.

Der Kläger H. hatte mit dem Beklagten S. längere Zeit über den Verkauf eines Bauplatzes unterhandelt. Im Verlauf dieser Unterhandlungen hatte S. versucht, von dem H. als dem Verkäufer des Platzes in Betreff der Haftung für Servituten eine besondere vertragsmäßige Garantie zu verlangen. Dies war von dem Verkäufer brieflich abgelehnt, und daraufhin die Kaufvertragsurkunde aufgenommen worden, welche im Punkt 1 bestimmt, daß für den Maßgehalt, sowie bezüglich des Bestehens oder Nichtbestehens von Servituten und sonstigen Dienstbarkeiten eine Gewähr nicht geleistet werde, und daß die Uebergabe des Kaufsobjekts mit allen Rechten und Beschwerden, wie der Käufer es nach Maßgabe der öffentlichen Bücher besessen habe, geschehe. In der Folge zeigte es sich, daß auf dem Kaufsobjekt vermöge eines zwischen dem Verkäufer und einem Dritten vor längeren Jahren abgeschlossenen, aber in die öffentlichen Bücher eingetragenen Vertrags gewisse Servituten ruhten. Der Käufer S. weigerte sich daher, den gesammten Kaufschilling zu bezahlen und setzte der von

dem Verkäufer angestellten Klage auf Bezahlung des vollen Kaufschillings einen Gegenanspruch entgegen, den er auf die Behauptung gründete, daß Kläger die Existenz der fraglichen Servituten arglistig verschwiegen habe, indem zur Annahme der Arglist des Verkäufers Nichts weiter erfordert werde, als daß demselben die Servituten bekannt gewesen und daß sie gleichwohl dem Käufer nicht angezeigt worden seien. Das Obertribunal verwarf diese Kompensationseinrede und sprach sich hierüber folgendermaßen aus:

Man hat davon auszugehen, daß ein Verkäufer wegen doloser Verschweigung von Servituten nur in Anspruch genommen werden könne, wenn diejenigen Voraussetzungen, welche überhaupt zu Annahme eines dolus gesetzlich erfordert werden, bei seinem Verfahren zutreffen; wenn also der Verkäufer beabsichtigt hat, den Käufer rechtswidrig zu täuschen, beziehungsweise denselben in einer schon vorhandenen Täuschung zu belassen[19]. Es kann nun aber nicht angenommen werden, daß der Kläger sich einer derartigen Handlungsweise gegenüber dem Beklagten schuldig gemacht habe. Zunächst mangeln genügende Anhaltspunkte dafür, daß der Kläger, der schon im Jahr 1863 mit dem Nachbar M. getroffenen, für den Kläger wohl wenig belangreichen eventuellen Vereinbarung zur Zeit der Kaufsunterhandlungen mit dem Beklagten sich überhaupt erinnert und daß er die durch dieselbe entstandenen Verpflichtungen

---

[19] Vgl. z. B. l. 1 §. 1, l. 11 §. 5, l. 39 Dig. act. e. v. (19, 1), l. 69 §. 5 Dig. evict. (21, 2). Windscheid, Pand. §. 391 Note 28, §. 393 Note 3. Müller, Lehre von der Eviction S. 185—188. Seuffert, Archiv Bd. XVII. Nr. 24, 230. Dresdener Entwurf eines Gesetzes über die Schuldverh. Art. 164, 171, 172. — Ueber die alte Streitfrage, inwieweit auch ohne Arglist und ohne Garantie von Seiten des Verkäufers wegen evincirter Servitutenrechte Ersatz zu leisten sei, hatte sich das Obertribunal in dem obigen Fall nicht auszusprechen. Zu vergleichen hierüber Sarwey, Monatschrift Bd. X. S. 375.

als solche Lasten angesehen habe, zu deren Anzeige er dem Beklagten gegenüber verpflichtet sei. Hiezu kommt, daß der Kläger in seinem Schreiben (unter Bezug auf die mündliche Abmachung) sowie in der nachgefolgten Vertragsurkunde jede Haftung wegen Bauschwierigkeiten, Servituten und sonstigen Lasten abgelehnt und vielmehr sein Anwesen mit allen auf demselben haftenden Beschwerden nur so verkauft hat, wie er es selbst besessen habe. Hier handelte es sich also nicht, wie die Gesetze sich ausdrücken, nur von einem „perfusorischen" (vagen und zweideutigen) Gerede des Verkäufers (l. 69 §. 5 Dig. 21, 2), sondern es wurde die Entbindung des Klägers von einer Haftung wegen der erwähnten Schwierigkeiten oder Lasten durch eine ganz bestimmte und unzweideutige mündliche und schriftliche Uebereinkunft der Kontrahenten festgestellt. Nach allen diesen Umständen konnte der Kläger, selbst wenn er vor dem Kaufsabschluß an das gar nicht zur Sprache gekommene Verhältniß zu M. gedacht haben sollte, wohl der Meinung gewesen sein, daß er dem Beklagten gegenüber, der die Gefahr wegen etwaiger Beschwerden ꝛc. ganz auf sich übernommen habe, nicht verpflichtet sei, jenes Verhältniß besonders zu erwähnen, und wenn auch der Kläger bei dieser Anschauung sich in einem sogar unentschuldbaren Irrthum befunden haben sollte, so würde sein Benehmen doch immer noch nicht als ein arglistiges bezeichnet werden können[20].

Entscheidung des Obertribunals in Sachen S. c. H. vom 22. Dez. 1873.

12) Fingirte Cession.

Aus Anlaß eines größeren Gutshandels glaubte der Käufer nach Vergleichung der öffentlichen Bücher, daß ihm laut Inhalt seines Kaufvertrags außer demjenigen Anwesen, das er tradirt erhalten hatte, auch noch eine kleinere Gutsparzelle gehöre und forderte dieselbe von dem besitzenden

[21] Württ. Privatrecht Bd. II. Wächter. S 129, 130, 780.

Dritten heraus, welcher seinerseits auf einen älteren Vertrag mit dem Verkäufer sich berief. Mit diesem Klageanspruch in erster Instanz zurückgewiesen, weil es, soweit aus dem Rechte des Verkäufers mit der diesem zustehenden Eigenthumsklage geklagt werde, einer Cession von Seite desselben bedurft hätte, erhob der Kläger die Nichtigkeitsklage, die er auf die Verletzung des Rechtssatzes stützte, vermöge dessen, wenn Jemand eine Sache verkaufe, auch ohne besondere Erklärung anzunehmen sei, daß die dem Verkäufer zur Zeit gegen Dritte behufs Realisirung des Eigenthums zustehenden dinglichen oder persönlichen Klagen mit dem Kaufe auf den Käufer übertragen werden. Hierüber sprach sich das Obertribunal in folgender Weise aus[21]:

Was den Nichtigkeitsgrund gegen das die Klage abweisende Urtheil der vorigen Instanz betrifft, daß auf den Käufer einer Sache vermeintliche Klagerechte, seien es dinglicher oder persönlicher Natur, welche dem Verkäufer gegen Dritte zustehen möchten, von Rechtswegen, ohne besondere Klagabtretung vermöge des Kaufgeschäfts übergehen, so besteht ein solcher Rechtssatz nicht. Zwar hat die von dem Nichtigkeitskläger geltend gemachte Rechtsansicht unter den Rechtslehrern aus theoretischen, durch die Gesetze jedoch nicht gerechtfertigten Anschauungen einzelne Vertreter gefunden[22]; allein in der Gerichtspraxis ist diese Ansicht zu keiner Geltung gelangt und ist derselben z. B. auch in einer

---

[21] Ein ähnlicher Fall ist mitgetheilt in diesem Archiv Bd. VI. S. 154; die gegenwärtige Entscheidung differirt jedoch von der dort mitgetheilten darin, daß hier über die bezüglich der sog. nothwendigen Cession bestehende allgemeine Kontreverse sich ausgesprochen worden ist, welche man dort dahin gestellt gelassen hatte und welche auch in dem im Archiv Bd. X. S. 132 erwähnten Rechtsfall nicht zur Entscheidung gelangt war.

[22] Die Literatur über diese Kontreverse ist schon in Bd. X. S. 133 Note 50 des Archivs aufgeführt.

neueren deutſchen Geſetzgebung entgegengetreten worden [23] (bürgerliches Geſetzbuch für das Königreich Sachſen von 1863 §. 959, 962 und 963).

Erkenntniß des Obertribunals in Sachen Probſt c. Reinöhl vom 1. Febr. 1875.

13) Haftung mehrerer Bürgen.

Nach gemeinem Recht haftet Jeder von mehreren Bürgen dem Gläubiger für deſſen ganze Forderung, falls nicht das Gegentheil ausdrücklich feſtgeſetzt worden iſt und nur mittelſt der von den Bürgen geltend zu machenden Einrede der Theilung kann eine vorläufige Beſchränkung des Anſpruchs des Gläubigers auf Kopftheile erzielt werden. Für die Annahme [24], daß dieſer gemeinrechtliche Grundſatz durch das württembergiſche Landrecht II., Tit. 5 §. 3 und 4, habe abgeändert werden wollen, mangelt jeder Anhaltspunkt [25].

Entſcheidung des Obertribunals in Sachen Koch c. Kaufmann vom 5. Juni 1866.

---

[23] In anderen Geſetzgebungswerken, darunter auch im Dresdener Entwurf, iſt der Grundſatz angenommen, daß überall, wo ein geſetzliches Recht auf Abtretung einer Forderung beſteht, der Uebergang derſelben auf den Abtretungsberechtigten als geſchehen zu fingiren ſei, ohne daß eine beſondere Willenserklärung des bisherigen Forderungsinhabers hinzuzutreten hätte. Dieſer Grundſatz dürfte ſich auch zur Aufnahme in das deutſche Civilgeſetzbuch empfehlen.

[24] Der Satz, daß von mehreren Mitbürgen jeder nur für den ihn treffenden Antheil haftet, findet ſich bei Reyſcher, Württemb. Priv.-R. II. § 475, Richter, Rechtsſprüche S. 7 ff., Huſnagel, Belehrung S. 308.

[25] Zu vergleichen Vorarbeiten zum Landrecht S. 305, Einleitung in das Landrecht S. 260—261, Grieſinger, Comm. I. S. 81—83, Wächter, Württemb. Priv.-R. II. S. 496—498 N. 10, Weishaar, Württemb. Priv.-R. III. §. 1344, Bolley, Betrachtungen S. 281.

14) Verbindlichkeit eines Mitbürgen, wenn der Beitritt weiterer Mitbürgen nicht zu erreichen war.

In dem zuvor erwähnten Rechtsfalle und neuestens wieder in der Berufungssache L. c. Sch. war unbestritten, daß eine Bürgschaft von Dreien gemeinschaftlich eingegangen werden sollte, daß sie von Zweien wirklich eingegangen wurde, daß aber der Beitritt des in Aussicht genommenen dritten Mitbürgen nicht zu erreichen war. Der Streit drehte sich in beiden Fällen wesentlich nur darum, welche Bedeutung diesem letzteren Umstande beizumessen sei. Im Nachstehenden wird die Entscheidung des Obertribunals in Sachen L. c. Sch., welche mit der früheren Entscheidung vom 5. Juni 1866 im Wesentlichen konform ist, mitgetheilt. Diese neuere Rechtssache war veranlaßt worden durch eine Klage des Kaufmanns L. gegen den Hofjäger Sch., womit gegen den Letzteren eine Bürgschaftsschuld im vollen Betrage der verbürgten Forderung eingeklagt worden war, wogegen der Beklagte eingewendet hatte, daß er die Bürgschaft nur unter der Voraussetzung eingegangen habe[26], daß Sp. und D. als Mitbürgen beitreten und daß, da der Beitritt des D. nicht erfolgte, seine Verbindlichkeit nicht wirksam geworden sei.

Dieser Auffassung trat der Richter erster Instanz, die Civilkammer des Kreisgerichtshofs in St., bei, indem sie die erhobene Klage abwies, weil der Beklagte bei Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde von der Voraussetzung ausgegangen sei, daß außer ihm noch 2 Mitbürgen unterzeichnen werden; an der rechtlichen Erheblichkeit einer solchen Voraussetzung sei nicht zu zweifeln, da der Bürge,

---

[26] In der Bürgschaftsurkunde, welche besagte, daß die 3 Unterzeichneten sich als Bürgen und Selbstschuldner verbindlich machen, war zuerst Bürge Sp. unterzeichnet, dann war der Raum für eine Unterschrift leer gelassen und hierauf folgte der Name des Bürgen Sch.

ganz abgesehen von der Möglichkeit des Rückgriffs an den weiteren Bürgen, die verschiedensten und dringendsten Interessen daran haben könne, daß gerade ein bestimmter in Aussicht genommener Dritter Mitbürge werde, indem beispielsweise das Vertrauen auf die Vigilanz dieses Dritten oder dessen intimes Verhältniß zum Schuldner die Entschließung des Bürgen beeinflußt haben könne; sei aber jene wesentliche Voraussetzung der Bürgschaftsverflichtung des Beklagten nicht eingetreten, so stehe ihm das Recht zu, dieselbe als von Anfang an hinfällig anzufechten.

Anderer Ansicht war das Obertribunal, welches bei seiner Entscheidung von folgenden Erwägungen ausging:

Anlangend die Verpflichtung des Beklagten (Sch.) aus der für den Hauptschuldner eingegangenen Bürgschaft, so muß unterstellt werden, daß die Absicht desselben bei Eingehung seiner Verbindlichkeit dahin gegangen ist, für die Schuld der B.'schen Eheleute in Gemeinschaft mit zwei anderen Personen, Sp. und D., sich zu verbürgen. Dies ergibt sich theils aus dem klaren Wortlaut der Bürgschaftsleistung selbst, theils aus der Art und Weise der Unterschrift des Beklagten, womit derselbe offensichtlich ausgedrückt hat, daß er die Mitunterzeichnung des dritten Bürgen D. in Aussicht nehme. Dieser dem Kläger als Gläubiger gegenüber ausgedrückten und von Letzterem acceptirten Willenserklärung entsprechend ist dasjenige Verhältniß und diejenige rechtliche Folge, welche aus der gleichzeitigen Mitbürgschaft dreier Personen für den einzelnen Bürgen der Regel nach sich entwickelt. Insoweit ist denn auch der Beklagte gebunden; dagegen ist er nicht zu Mehreren verpflichtet, weil jede weitergehende Verbindlichkeit dem in die Bürgschaftsurkunde niedergelegten Vertragswillen zuwider wäre. Von diesem Gesichtspunkte aus kann aber der Umstand, daß die Mitbürgschaft des D. nicht hat erreicht werden können,

weder die vom Kläger, noch die vom Beklagten ihm beigelegte Wirkung äußern.

Der Kläger läugnet, daß der fragliche Umstand überhaupt einen rechtlichen Einfluß auf das Bürgschaftsverhältniß des Beklagten zu äußern geeignet sei und beruft sich diesfalls zunächst auf mündliche Beredungen, die vor Unterzeichnung des Bürgscheins stattgefunden haben sollen; allein schon der Unterrichter hat mit Recht darauf hingewiesen, daß diese vorläufigen, zudem sehr unbestimmten Besprechungen gegenüber dem durch die Vertragsurkunde begründeten Obligationsverhältnisse lediglich keine Beachtung verdienen. Der Beklagte seinerseits will durch den Umstand, daß D. als Bürge nicht beigetreten ist, von seiner Bürgschaftsverbindlichkeit ganz liberirt worden sein, weil dessen Mitverbürgung eine wesentliche Voraussetzung gebildet habe, bei deren Nichteintritt auch seine, des Beklagten, Verbindlichkeit nicht habe wirksam werden können. Allein diese Einwendung ist nach den obwaltenden thatsächlichen Verhältnissen nicht begründet.

Wer eine Bürgschaft in Gemeinschaft mit Anderen eingeht, von dem ist, zumal wenn er als Selbstschuldner sich verpflichtet, der Regel nach anzunehmen, daß er nicht blos die Rücksicht, als Bürge nicht allein zu stehen, sondern vor Allem auch die Verhältnisse des Hauptschuldners in Anschlag gebracht haben werde [27]. War im konkreten Falle erstere Rücksicht für einen Bürgen ausschließlich maßgebend und hat derselbe nur und allein im Hinblick darauf, daß er einen oder mehrere Mitbürgen bekomme, die Verbindlichkeit überhaupt eingehen wollen, so muß er dies unzweideutig in Gestalt einer formellen Bedingung oder einer wirklichen Voraussetzung zu erkennen geben. In solchem Falle ist alsdann die Wirksamkeit der Bürgschaft von dem vollen Eintritt der Mitbürgen bedingt; anderen Falles aber kann der Bürge, wenn ohne sein Verschulden die Mitbürg-

[27] Zu vergl. Seuffert, Archiv Bd. VII. S. 372—373.

schaft des Einen oder Anderen nicht zu erreichen war, nur so viel beanspruchen, daß er nicht nachtheiliger behandelt werde, als wenn der in Aussicht genommene zweite oder dritte Mitbürge ebenfalls mithaften würde. Der Beklagte seinerseits hat eine Willensmeinung in der so eben erwähnten Richtung auf keinerlei Art kund gegeben; er hat insbesondere die Bürgschaftsurkunde ohne Anstand und ohne beigefügte Bemerkung unterzeichnet, obwohl ihm damals vor Augen lag, daß der in Aussicht genommene dritte Bürge noch nicht sich verpflichtet hatte. Auch aus den sonstigen Umständen ist nicht zu folgern, daß der Beitritt des Bürgen D. die wesentliche Voraussetzung für die Rechtsverbindlichkeit der Bürgschaft des Beklagten gebildet hätte. Nach dieser Seite hin liegt lediglich nichts Besonderes, ein Abweichen von der oben erwähnten Regel Rechtfertigendes vor. Daß, wie der Unterrichter meint, der Beklagte die verschiedensten und dringendsten Interessen an dem Beitritt des D. gehabt haben könne, ist eine bloße Möglichkeit, ebenso wie es eine, jedes thatsächlichen Anhaltspunktes entbehrende Vermuthung ist, daß das Vertrauen des Beklagten auf die Vigilanz oder das persönliche Verhältniß des Mitbürgen zum Hauptschuldner die Entschließung desselben beeinflußt und herbeigeführt haben werde.

Ist hiernach der Beklagte so zu behandeln, wie wenn D. ebenfalls Bürge der B.'schen Eheleute geworden wäre, so kommt in Betracht, daß er in diesem Falle von dem Hauptgläubiger in Anspruch genommen, als Selbstschuldner zwar die ganze Schuld hätte bezahlen müssen, daß ihm aber, nachdem dies geschehen, vermittelst der von dem Gläubiger zu erreichenden Klagencession der Regreß an seine beiden Mitbürgen offen gestanden wäre und daß er auf diesem Wege im regelmäßigen Verlauf der Sache den Ersatz von $^2/_3$ der bezahlten Summe hätte erreichen können, so daß schließlich noch $^1/_3$ der verbürgten Schuld auf ihn gefallen wäre. In Wirklichkeit bekommt aber der Beklagte, indem er die Rechtswohlthat der Klagencession der jetzigen Klage

gegenüber anruft, zwar das Mittel in die Hand, um ſich beim Mitbürgen Sp. zu dem ihn betreffenden Drittheil zu erholen; dagegen iſt für ihn bezüglich des übrig bleibenden Drittels, das auf den Mitbürgen D. gefallen wäre, jede rechtliche Möglichkeit des Rückgriffs um deßwillen abgeſchnitten, weil der Beitritt des dritten Bürgen D. nicht zu erreichen war. Da hierbei eine Verſchuldung des Beklagten nicht konkurrirt, ſo träte eine widerrechtliche Benachtheiligung desſelben ein, wenn er dem geſammten Klaganſpruche gegenüber unterliegen würde. Vielmehr ſteht ihm, ſo weit die Klage auch das Drittel umfaßt, welches dem D. im Falle ſeiner Mitverbürgung ſchließlich hätte zufallen müſſen, die exceptio doli [28] entgegen und iſt deßhalb die Klage in dieſem Umfange (d. h. mit einem Drittel der eingeklagten Summe) abzuweiſen.

15) Acquiliſche Klage auf Grund mangelhafter Bewachung von Thieren; Ausſchluß derſelben durch Nachläſſigkeit des Beſchädigten.

Das dem beklagten Wolf gehörige Pferd, mit welchem eine Probefahrt vorgenommen wurde, ging bei dieſem Anlaſſe durch, rannte führerlos durch die Straßen von Weilderſtadt und ſtieß mit dem Pferde des Klägers, welches an einem Wagen angeſpannt auf der Straße ſtand und beim Herannahen jenes Pferdes einen Seitenſprung quer in die Straße hinein machte, zuſammen, in Folge deſſen das Pferd des Klägers verwundet wurde und krepirte. Darauf erhob der Kläger eine Schadenserſatzklage gegen den Beklagten, der den entſtandenen Schaden dadurch veranlaßt habe, daß er bei der betreffenden Probefahrt nicht vorſichtig genug geweſen ſei, was von dem Beklagten geleugnet wurde unter dem Anfügen, daß jedenfalls der Kläger die Mitſchuld an dem Unfalle deßhalb trage, weil er ſein Pferd auf offener Straße führerlos habe ſtehen

[28] Siehe Seuffert, Archiv Bd. XVII. Nr. 144.

laſſen. Die Civilkammer des Obertribunals hielt dieſe Einwendung für begründet und wies die Klage ab aus folgenden Gründen:

Nach den vorliegenden Zeugenausſagen war das Pferd und Fuhrwerk des Klägers ſo zwiſchen der Straße und dem Stalle des Ritterwirthshauſes in Weilderſtadt aufgeſtellt, daß es nicht über den Kandel hinaus auf die Straße reichte und wie die Zeugen ſich ausdrücken, ganz aus dem Wege ſtand. Hiemit war indeſſen Seitens des Klägers nicht Alles geſchehen, was zu erwarten war. Der Kläger hatte ein Pferd auf öffentlicher Straße, inmitten einer Stadt, alſo an einem Orte aufgeſtellt, der vorzugsweiſe zum Verkehr von Thieren und Fuhrwerken beſtimmt war und wo, zumal an einem Markttage, auch außergewöhnliche Vorkommniſſe irgend welcher Art möglich waren. Er hatte ſein Pferd, wie die L. 11 pr. Dig. (9, 2) beſagt, an einem „frequens transitus“ „in loco periculoso“, alſo gleichſam in die Gefahr hineingeſtellt. In einem ſolchen Falle muß vom Eigenthümer gegenüber von Ereigniſſen jeder Art alle thunliche Sorgfalt angewendet werden, nicht blos damit Andere nicht beſchädigt würden, ſondern auch um das Erleiden eigener Beſchädigung durch Andere von ſich abzuhalten; und wenn eine Beſchädigung erlitten wird, ſo iſt ein Erſatzanſpruch nur ſtatthaft, ſofern vom Beſchädigten Alles zur Abwendung eines Schadens geſchehen iſt; Nachläſſigkeit des Beſchädigten ſchließt als eigene Schuld jeden Erſatzanſpruch aus (L. 30 §. 3 Dig. (9, 2) si omnia, quæ oportuit, observavit, caret culpa)[29].

Auch das deutſche Strafgeſetzbuch, Art. 366 Ziff. 5, hat, inſoweit es nach der Natur des Strafrechts in Beſchränkung auf den Schutz Dritter mit dem Gegenſtand befaßt war, die Pflicht der Ueberwachung von Thieren,

---

[29] Zu vergl. Seuffert, Archiv Bd. XVI. Nr. 22, Bd. XVII. Nr. 41.

welche in Städten oder Dörfern, auf öffentlichen Wegen, Straßen ꝛc. aufgestellt sind, wegen des Schadens, den sie durch Ausreißen, Schlagen oder auf andere Weise anrichten können, ausgesprochen und „die Vernachlässigung der erforderlichen Sicherheitsmaßregeln" mit Strafe bedroht, so daß hier das öffentliche Recht und das Civilrecht in einander greifen.

Der Kläger hatte daher in dem Augenblicke, als er sein Pferd verließ, dafür zu sorgen, daß dasselbe während der ganzen Dauer seiner Abwesenheit gegen *jeden* denkbaren Unfall in *zuverlässiger* Weise bewacht wurde, was von ihm nicht geschehen ist. (Des Weiteren wird nun ausgeführt, daß die Aufforderung des Klägers an zwei Frauenzimmer, einstweilen bei dem Fuhrwerk zu warten, ebenso ungenügend war, als der Zuruf an den Knecht, er solle „ein bisle" bei dem Gaul stehen bleiben.) Hat sonach der Kläger keinen *obligaten Wächter* für sein Pferd aufgestellt, auch dasselbe *nicht einmal angebunden*, so wurde von ihm die schuldige Vorsicht versäumt und konnte es geschehen, daß nach Entfernung des Knechts zu Besorgung anderer Geschäfte das sich selbst überlassene Thier, über das entgegenkommende Pferd erschreckend, in die Straße hinein zur Seite sprang und dort mit diesem zusammenstieß, während anderen Falls nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge anzunehmen war, daß es von seinem Wächter rechtzeitig hätte zurückgehalten oder abgelenkt und sein Zusammenstoß mit dem Pferde des Beklagten verhindert werden können[30]. Diesem gegenüber ist der Einwand des Klägers, daß sein Pferd wegen der Schnelligkeit des Vorgangs auch von einem beigegebenen Wächter vor dem Zusammenstoß nicht hätte bewahrt werden können, nicht zu beachten, weil zu Begründung dieses Einwands allgemeine Möglichkeiten nicht genügen, bestimmte Thatsachen aber,

---

[30] Zu vergl. L. 1 §. 5 Dig. (9, 1) *Unterholzner*, Schuldverhältnisse Bd. II. S. 712.

aus welchen die Unmöglichkeit dieser Verhinderung hervorginge, dem Kläger nicht zu Gebot stehen; wie denn auch dessen weitere Einwendung, daß das Pferd, auch wenn es auf seinem ursprünglichen Platze stehen geblieben wäre, den Unfall erlitten hätte, darum nicht zu berücksichtigen ist, weil sich hierüber nach Lage der Sache eine Annahme gar nicht aufstellen läßt.

Obertribunal-Entscheidung vom 26. Febr. 1875 in Sachen Bleich c. Wolf.

16) Regreßpflicht des Vormunds im Falle der Surrogirung einer bestehenden Pfandsicherheit durch eine andere.

Der Kläger F. J. Ermler welcher unter Vormundschaft gestanden hatte, verlangte nach erreichter Volljährigkeit von seinem früheren Pfleger M. Schlichte, beziehungsweise von der Wittwe und Erbin desselben den Ersatz desjenigen Schadens, welcher ihm, wie er behauptete, dadurch zugegangen sei, daß ꝛc. Schlichte die der Pflegschaft für eine Forderung von 3000 fl. an M. Ammann zustehende Pfandsicherheit aufgegeben und durch eine geringere habe ersetzen lassen, so daß ein Theil der Forderung nachmals im Gante des Ammann verloren gegangen sei. Ueber diesen Klageanspruch sprach sich das Obertribunal in folgender Weise aus:

Hätte der Erblasser des Beklagten die ursprüngliche Sicherheit nicht aufgegeben, so würde, wie nach dem gewöhnlichen Gang der Dinge anzunehmen ist, die Pflegschaft um die Forderung von 3000 fl. vollständig befriedigt worden sein. Da somit ohne die schuldhafte Handlung des Pflegers, der seiner Pflegschaft im Gante des Ammann zugegangene Verlust dieselbe nicht getroffen haben würde, so wurde er an und für sich auch für diesen ganzen Verlust haftbar. Die Einwendung aber, daß derselbe für diesen

Verlust nur insoweit zu haften gehabt habe, als die Forderung an Ammann bei der zweiten Pfandbestellung nicht doppelt gesichert gewesen sei, weil er insoweit, als doppelte Versicherung auch später vorhanden gewesen, dem Gesetze Genüge geleistet und insoweit das Kapital auch auf die neue Hypothek habe stehen lassen dürfen, ist ungegründet. Man kann absehen davon, daß nach der vom Obertribunal seither befolgten Ansicht (Seuffert, Archiv Bd. XIII. Nr. 15, zu vergl. Bd. XV. Nr. 208), selbst wenn neu auszuleihende Gelder vom Pfleger nicht vollständig gesetzlich gesichert sind, der Pfleger, auf dessen Risiko das ganze Kapital steht, auch für den Schaden zu haften hat, welcher denjenigen Theil des Kapitals trifft, der, wenn er allein ausgeliehen wäre, als gesetzlich gesichert erscheinen würde. Man kann hievon absehen: denn es handelt sich nicht um Ausleihung von Geldern, welche im Interesse des Mündels nicht müßig liegen bleiben durften. Der Pfleger hat vielmehr seiner obersten Pflicht, für Erhaltung des Vermögens des Mündels zu sorgen, zuwider, unentgeldlich und ohne daß er dies irgend durch das Interesse des Mündels rechtfertigen konnte, auf ein diesem zustehenden Recht, die ursprüngliche Pfandsicherheit, verzichtet zu Gunsten des Schuldners und in dieser Weise eine unter allen Umständen untersagte Liberalität geübt (l. 1 C. hered. tut. (5, 54) „gratia præstitum"). Für die Folge dieser Handlung — und das ist der ganze eingetretene Schaden, welcher andernfalls nicht entstanden wäre — muß er einstehen und er kann, um sich dieser Haftung theilweise zu entziehen, sich nicht darauf berufen, daß, wenn das Kapital erst auszuleihen gewesen wäre, er wenigstens einen Theilbetrag auf die erlangte spätere Sicherheit hätte ausleihen dürfen. Vielmehr kann ihm der Umstand, daß er für die Forderung bei jenem Verzichte eine andere Sicherheit als Surrogat erlangt habe, gegenüber der von ihm zu vertretenden Folgen jenes Verzichts nur insofern zu Statten kommen, als dadurch im schließ-

lichen Effekte ein höherer Schaden, als der eingetretene, wirklich abgewendet worden ist.

Entscheidung des Obertribunals in Sachen Ermler c. Schlichte vom 25. Novbr. 1874.

17) Haftung eines Pflegers für die von seinem Nachfolger in der Pflegschaft vorgenommenen Handlungen.

In dem zuvor erwähnten Rechtsstreit hatte die Beklagte die Einwendung erhoben, daß die Pflegschaft zu ihrem Kapitalverlust theilweis nur dadurch gekommen sei, daß der auf den Erblasser der Beklagten folgende spätere Pfleger einmal das Abholzen des verpfändeten Objekts geduldet und zum anderen durch ein Mißverständniß einen geringeren Pfanderlös herbeigeführt habe. Dießfalls sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe:

Unbegründet ist die Einrede der Beklagten, daß sie für denjenigen Schaden nicht zu haften habe, welcher durch Nachläßigkeit des späteren Pflegers herbeigeführt worden sei. Denn nachdem ihr Erblasser durch das Aufgeben der bestehenden Rechte der Pflegschaft einmal pflichtwidrig gehandelt hat, war er auch für allen und jeden Schaden haftbar, welcher ohne diese Verschuldung nicht hätte entstehen können, gleichviel ob dieselbe den Schaden unmittelbar bewirkt hat oder ob sie nur die Ursache gewesen ist, daß ein Zufall oder selbst die schuldhafte Handlung eines Dritten, welche im Verhältnisse zwischen dem Beschädigten und dem zuerst schuldhaft Handelnden einem Zufall gleich zu achten ist, den Schaden herbeigeführt hat [31].

Entscheidung des Obertribunals in Sachen Ermler c. Schlichte vom 23. Nov. 1874.

---

[31] L. 18 pr. Dig. commod. (13, 6), §. 2 Inst. quibus modis (3, 15), l. 1 §. 4 Dig. obligat. (44, 7). Wening Ingenheim, Schadensersatz S. 118, 194, 209. Windscheid, Pdkt. Bd. II. §. 258 Nr. 2. Mommsen, Oblig.-Recht Abtheilung II. S. 160—164, 300.

18) Auflöſung der Errungenſchafts-Gemeinſchaft durch Anrufung der weiblichen Freiheiten im Gante des Ehemanns.

Das Obertribunal hat in neuerer Zeit wiederholt [32] ſich zu dem Satze bekannt, daß durch die im Gante eines Ehemanns erfolgte Zulaſſung der Ehefrau zu den weiblichen Freiheiten die Errungenſchafts-Gemeinſchaft aufgelöst und das Recht des Ehemanns zu Verwaltung des Sondervermögens der Ehefrau beſeitigt werde. Wenn gleich die von den Vertretern dieſer Theorie [33] gegebene Motivirung theilweiſe nicht als richtig erkannt werden kann, ſo erſcheint es doch aus anderen Gründen gerechtfertigt, den erwähnten Grundſatz auch fernerhin feſtzuhalten.

Windſcheid, Heidelberger kritiſche Zeitſchrift Bd. II. S. 543—546. Seuffert, Archiv Bd. IV. Nr. 100, 114, Bd. XIII. Nr. 28, 150, Bd. XV. Nr. 208. Dresdener Entwurf Art. 212 Abſ. 1.

[32] Früher war das Obertribunal bekanntlich anderer Anſicht; eine ausführliche Begründung ſeiner damaligen Meinung, daß die Anrufung der weiblichen Freiheiten keine Auflöſung der Errungenſchaftsgeſellſchaft bewirke, findet ſich abgedruckt in Hufnagel's Mittheilungen I. S. 242 ff., Erkenntniß in Sachen Braun c. Braun vom 23. Aug. 1822. Die in gegenwärtiger Mittheilung ausgeſprochene Anſicht wurde erſtmals aufgeſtellt in Sachen Rauch c. Rauch vom 24. April 1847, Gehring c. Hofmann vom 20. April 1861, Jung c. Häuſer vom 18. Febr. 1868, Banzhaf c. Erhardt vom 31. Dezbr. 1873; am eingehendſten begründet iſt dieſe Anſicht in der neueſten Entſcheidung vom 30. Dezbr. 1874.

[33] Zu vergl. Hofacker, Jahrb. IV. S. 153 ff. Sarwey, Mon.-Schr. I. S. 107 ff. Reyſcher, Württ. Priv.-R. III. §. 571. Stein, Erbrecht, Ausgabe von Kübel, §. 222. Hufnagel, Mittheilungen I. S. 236 ff. Lang, Perſonenrecht S. 305 ff. Württ. Archiv, Bd. XVI. S. 122 ff., 383—385. Preuß. Landrecht II. 1, §. 421. Entwurf eines bürgerlichen Geſetzbuchs für das Großherzogthum Heſſen von 1853, Abth. IV. Buch 2 Art. 470, 471, 475, 501, 513, 530, 532, 539. Motive S. 202, 205 ff.

Das Wesen der landrechtlichen Errungenschafts-Gesellschaft besteht darin, daß die Erträgnisse des Sondervermögens und der Thätigkeit beider Ehegatten, sowie die gemeinschaftlichen Erwerbungen zu der Errungenschaft, also jedem Gatten zur Hälfte gehören; wogegen jeder Gatte auch an den ehelichen Lasten und Schulden die Hälfte zu tragen und dieselben, wenn die Errungenschaft nicht zureicht, aus seinem Sondergut zu decken hat. Dieses Verhältniß wird in Folge der Zulassung der Ehefrau zu den weiblichen Freiheiten in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung vollständig umgewandelt. Das ganze in der bisherigen ehelichen Gesellschaft errungene Vermögen fällt dem Ehemann allein zu, er erwirbt also die seiner Ehefrau gehörige Hälfte der Errungenschaftsstücke, auf der anderen Seite wird die Ehefrau von ihrer bisher bestandenen Verpflichtung zu gemeinschaftlicher Tragung der ehelichen Einbuße und der Sozialschulden befreit und auch für solche Sozialschulden, bezüglich deren sie eine besondere Mitverpflichtung übernommen hat, haftet sie nur subsidiär, wogegen der Ehemann für die eheliche Einbuße und die Sozialschulden allein (beziehungsweise in erster Linie) aufzukommen hat. Wenn aber in solcher Weise das Vermögen und die Verbindlichkeiten der bisher bestandenen Gesellschaft dem Ehemann allein zufallen, so liegt in dieser wesentlichen Aenderung nichts Anderes als das Ausscheiden der Ehefrau aus der seitherigen Gesellschaft und mit einem solchen Ausscheiden des Einen der beiden Gesellschafter, ist die Annahme, daß die Gesellschaft gleichwohl fortbestehe, völlig unvereinbar. Dem Resultate dieser Erwägung, daß durch Zulassung der Ehefrau zu den weiblichen Freiheiten die bis dahin bestandene Errungenschafts-Gesellschaft aufgelöst und demgemäß eine etwaige spätere Fortsetzung der Errungenschafts-Gesellschaft rechtlich als die Eingehung einer neuen Gesellschaft zu betrachten sei, sind verschiedene und auch solche Schrift-

steller beigetreten, welche in anderer Beziehung abweichender Meinung sind [34].

Erkenntniß in Sachen Lotter c. Lotter vom 30. Dezbr. 1874.

19) Kann der Ehemann den Wiedereintritt der Ehefrau in das Güterrechtsverhältniß der Errungenschafts-Gemeinschaft verlangen, wenn letztere durch Anrufung der weiblichen Freiheiten im Gante des Ehemanns aufgelöst worden ist?

Der Beklagte, August L., ist seit dem 5. Nov. 1863 mit der Klägerin, der Tochter des im Juni 1873 gestorbenen Fabrikanten Michael K., nach dem Güterverhältniß der landrechtlichen Errungenschafts-Gesellschaft verheirathet. Derselbe hatte eine Reihe von Schulden in die Ehe gebracht, und nachdem in Folge davon die Eheleute längere Zeit in mißlichen Vermögensverhältnissen gelebt hatten, war er im Jahr 1871 genöthigt, seine Insolvenz anzuzeigen. Die Klägerin, welche sich schon im Dezember 1870 mit Zustimmung ihres Ehemanns nach Basel zu ihren Eltern begeben hatte und seither getrennt von dem Beklagten lebte, rief im Gant des Letztern die weiblichen Freiheiten an, deren Voraussetzungen allseitig als zutreffend anerkannt wurden und forderte ihr Beibringen zurück. Uebrigens wurde sofort auch gegen die Klägerin der Gant eingeleitet, in welchem der gerettete Beibringensbetrag ihren Gläubigern zukam. Beiden Ehegatten verblieb somit nur die ihnen ausgeschie-

[34] Hofacker, Princ. I. 5, 461. Pfitzer, Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber I. S. 138—142, 249, 250, II. S. 96, 150 ff. Griesinger, Comm. Bd. VIII. S. 494, 5. Reinhardt, Comm. Bd. IV. S. 66, 67. Bolley, Betracht. S. 434, 435, 446; 33. Auff. S. 321, 370, 371; Amtsinstrukt. S. 47, 48; Entwürfe und Anträge II. S. 196; in Sarwey's Mon.-Schr. VIII. S. 225. Gesetzentwurf über eheliche Gütergemeinschaft §. 165, 226, 234, 235, 237, 150. Motive S. 146, 165, 166, 210. Zu vergl. Württ. Archiv Bd. IV. S. 427—429. Weishaar, Württ. Priv.-Recht §. 167.

dene Kompetenz. Auch nach Beendigung des Gantverfahrens blieb die Klägerin in Basel, woselbst sie in ihrem elterlichen Hause verköstigt wurde. In der Folge wollte sie sich von dem Beklagten scheiden lassen, wurde aber mit ihrer Klage in Ermanglung eines ausreichenden Scheidungsgrundes abgewiesen. Inzwischen war im Juni 1873 der Vater der Klägerin mit Hinterlassung eines Vermögens von 300,000—350,000 Fr. gestorben, und war damit der Klägerin eine Erbschaft von 33—39,000 Fr. angefallen, welche sich zur Zeit noch in der Verwaltung von Erbschaftskuratoren befindet. Da der Beklagte gegen die Ausfolge der Erbschaft an die Klägerin auf Grund des ihm angeblich zustehenden Verwaltungsrechts protestirte, erhob diese bei der Civilkammer des Kreisgerichtshofs in St. Klage gegen ihren Ehemann und stellte das Gesuch, der Beklagte habe anzuerkennen, daß ihm ein Verwaltungs- und Nutzungsrecht an dem Vermögen der Klägerin, insbesondere an ihrer väterlichen Erbschaft nicht zustehe.

Der Richter erster Instanz hat diese Klage abgewiesen, indem er annahm: eine stillschweigende Zustimmung der Klägerin zu Fortsetzung der Errungenschaftsgesellschaft auch nach dem Gante sei zwar nicht dargethan, aber einer solchen Einwilligung habe es auch nicht bedurft, da durch Anrufung der weiblichen Freiheiten im Gante des Ehemanns die zuvor bestandene Errungenschafts-Gesellschaft nicht aufgelöst, und deßhalb auch das Verwaltungsrecht an dem Sondergut der Ehefrau nicht beseitigt werde.

Die Civilkammer des Obertribunals änderte dieses Erkenntniß ab und erklärte den Beklagten für verbunden, anzuerkennen, daß ihm ein Verwaltungs- und Nutzungsrecht an dem der Klägerin gehörigen Vermögen nicht zukomme. Die Gründe der oberstrichterlichen Entscheidung waren folgende:

Wenn die bei Eingehung der Ehe eingeführte Errungenschafts-Gesellschaft in Folge der Anrufung der weiblichen Freiheiten im Gante des Ehemanns aufgelöst wird, so

läßt ſich die Annahme, daß die Eheleute nach dem Gante doch wieder in dem Güterverhältniß der Errungenſchafts-Gemeinſchaft ſtehen, beziehungsweiſe daß der Ehemann den Wiedereintritt ſeiner Ehefrau in dieſes Güterverhältniß verlangen dürfe, nur alsdann rechtfertigen, wenn für dieſe Annahme beſondere Rechtsgründe beigebracht werden können. Ein ſolcher Rechtsgrund liegt allerdings in den meiſten Fällen inſofern vor, als die Eheleute nach dem Gante die Errungenſchafts-Gemeinſchaft, ſei es ausdrücklich oder durch ſtillſchweigende Willenserklärung, vertragsmäßig wieder einführen; dagegen fragt ſich, wie es ſich in dem Falle verhalte, wenn die Ehefrau die Wiedereingehung der Errungenſchafts-Gemeinſchaft nach dem Gante ablehnt.

Daraus, daß dieſes Güterverhältniß urſprünglich bei Abſchluß der Ehe feſtgeſetzt worden war, kann nicht gefolgert werden, daß die Ehefrau gehindert ſei, die Erneuerung desſelben Güterverhältniſſes nach dem Gante zu verweigern. Denn wenn auch in der Verheirathung auf die landrechtliche Errungenſchafts-Geſellſchaft die Erklärung zu finden iſt, daß dieſes Güterverhältniß für die ganze Dauer der Ehe gelten ſolle, ſo erhält dieſe Willenserklärung doch ihre ſelbſtverſtändliche Einſchränkung durch die Exiſtenz derjenigen beſonderen Rechtswohlthat der Ehefrau, vermöge deren ſie gerade bei dem erwählten Güterſyſtem der Errungenſchafts-Gemeinſchaft die Aufhebung derſelben auch während des Beſtandes der Ehe zu erwirken befugt iſt. Auch der Grund und Zweck des Inſtituts der weiblichen Freiheiten ſpricht gegen die Annahme, daß dem Ehemanne ein Zwangsrecht auf Wiedereinführung der Errungenſchafts-Geſellſchaft ſeiner Ehefrau gegenüber zukomme. Mittelſt Geſtattung der weiblichen Freiheiten ſoll die Ehefrau nicht blos gegen die nachtheiligen Folgen der Verwaltung des Ehemanns, ſondern gegen die Nachtheile der Errungenſchafts-Gemeinſchaft ſelbſt geſchützt werden, was ſchon daraus erhellt, daß die weiblichen Freiheiten

auch angerufen werden dürfen, wenn der Vermögenszerfall keineswegs durch die Verwaltung des Ehemannes, sondern ausschließlich durch Unglücksfälle herbeigeführt worden ist. Hiemit ist aber die Unterstellung nicht wohl vereinbar, daß der vergantete Ehemann verlangen könne, seine Ehefrau solle die Errungenschafts-Gemeinschaft sofort nach dem Gante wieder erneuern und ihm ihr gerettetes und neuanfallendes Vermögen wieder zur Verwaltung übergeben.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Bisherigen zufolge nicht davon auszugehen sei, daß es bei der durch Zulassung der Ehefrau zu den weiblichen Freiheiten erfolgten Aufhebung der Errungenschafts-Gemeinschaft insolange sein Bewenden behalte, bis beide Eheleute über die Erneuerung derselben sich vertragsmäßig (ausdrücklich oder stillschweigend) geeinigt haben; denn wenn man auch die gesetzliche Vorschrift, wonach in Ermanglung einer anderen Vereinbarung die landrechtliche Errungenschafts-Gesellschaft als das maßgebende Güterverhältniß betrachtet wird, auf das Rechtsverhältniß der Eheleute in der Zeit nach der Zulassung der Ehefrau zu den weiblichen Freiheiten anwenden wollte, so kann doch jene auf der vermuthlichen Willensübereinstimmung der Gatten beruhende Norm alsdann nicht in Wirksamkeit treten, wenn die Ehefrau ihre gegentheilige Willensmeinung in genügender Weise kund gegeben hat. Eine solche Willenserklärung liegt in dem gegenwärtigen Falle vor. Schon der vorige Richter hat ausgeführt, der Beklagte habe nicht dargethan, daß Seitens der Klägerin in die Fortsetzung der Errungenschafts-Gesellschaft nach dem Gante stillschweigend eingewilligt worden sei; nach allen vorliegenden Umständen ist aber auch weiter als festgestellt zu betrachten, daß die Klägerin vielmehr ihre gegentheilige Willensmeinung ausgedrückt habe.

Ist hiernach die Annahme begründet, daß die zwischen den Ehegatten früher bestandene Errungenschafts-Gesellschaft aufgelöst und nicht wieder eingeführt worden ist, auch daß

dem Ehemann ein Zwangsrecht auf Erneuerung dieses Güterverhältnisses nicht zukommt, so folgt von selbst, daß dem Beklagten auch kein Recht zur Verwaltung des Sonderguts der Klägerin zugesprochen werden kann. Der Beklagte hat in voriger Instanz selbst diesen Anspruch nur auf den vermeintlichen Fortbestand der Errungenschafts-Gesellschaft gestützt und es unterliegt auch keinem Zweifel, daß nicht jeder Ehemann als solcher (auf Grund einer ehelichen Vormundschaft) ein Recht zu Verwaltung des Sondervermögens seiner Ehefrau geltend machen kann, daß vielmehr die Entscheidung der Frage, ob ihm dieses Recht gebühre, von der Beschaffenheit des zwischen den Eheleuten bestehenden Güterverhältnisses abhängt[35], während zwischen Eheleuten auch vollständige Gütertrennung bestehen kann[36]. Der Beklagte hat aber (abgesehen von seiner schon widerlegten Behauptung des Fortbestandes der Errungenschafts-Gemeinschaft) nicht darzulegen vermocht, inwiefern ihm kraft eines zwischen ihm und der Klägerin bestehenden (anderen) Güterverhältnisses das angesprochene Verwaltungsrecht gebühre.

Obertribunalentscheidung in Sachen L. c. L. vom 30. Dezember 1874.

20) Fortsetzung der Errungenschafts-Gesellschaft bei faktisch getrennter Ehe[37].

Die H.'schen Eheleute hatten im Jahr 1837 geheirathet, ohne über ihr Güterrecht eine Vereinbarung zu treffen. Zwei

---

[35] Vergl. Landrecht III. 7, §. 2 und 3. Pfandentwickelungsgesetz von 1828 Art. 4. Hufnagel, Mittheil. I. S. 50, 51. Wächter, Württ. Priv.-Recht I. S. 463; Wächter in Sarwey, Mon.-Schrift V. S. 422, 425, VIII. S. 481. Württ. Archiv IV. S. 178. Tafel, Rechtsspr. VI. S. 125.

[36] Vergl. Notariatsgesetz von 1843 Art. 34 Z. 2.

[37] In der Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. IV. S. 298 ff. ist ein Obertribunals-Erkenntniß vom 24. April 1849 mitgetheilt, durch welches eine Errungenschafts-Gemeinschaft wegen faktischer Trennung der Ehe in Beziehung auf das von dem Manne

Jahre darauf trennten sich die Ehegatten und blieb ihre Ehe von hier an bis zu dem im Jahre 1870 erfolgten Tode des Ehemanns ohne jegliche Unterbrechung faktisch getrennt. Bei dem über den Nachlaß des Letzteren zwischen der Wittwe und einem Miterben ausgebrochenen Rechtsstreit handelte es sich wesentlich darum, ob angenommen werden könne, daß die H.'schen Eheleute in der ganzen Zeit ihrer 30jährigen Trennung das güterrechtliche Verhältniß der Errungenschafts-Gesellschaft fortgesetzt haben und ob demgemäß die Wittwe berechtigt sei, an der nach dem Tode des Ehemanns vorhandenen Errungenschaft Theil zu nehmen. Während von der einen Seite darauf hingewiesen wurde, daß jedes der beiden Ehegatten für sich gelebt, einen besonderen Hausstand geführt und an verschiedenen Orten gewohnt habe und daß die Absicht derselben nur auf die Auflösung der Errungenschafts-Gemeinschaft gerichtet gewesen sein könne, wurde andererseits bestritten, daß diese Gemeinschaft rechtlich oder thatsächlich aufgehört habe und sich unter Anderem auf einen Vertrag berufen, der bald nach dem Eintritt der Ehetrennung, nemlich im Jahr 1840, über verschiedene vermögensrechtliche Punkte von den Ehegatten geschlossen worden war.

Die Civilkammer des Obertribunals hat sich in Uebereinstimmung mit dem Richter der 1. Instanz, der Civilkammer des Kreisgerichtshofs in U., für den Fortbestand der Errungenschafts-Gesellschaft zwischen den H.'schen Eheleuten ausgesprochen und in ihren Entscheidungsgründen folgendes bemerkt:

Da die Errungenschafts-Gesellschaft, welche, wie zwischen den Parteien anerkannt ist, bei Eingehung der H.'schen Ehe in Kraft trat, das gesetzlich geltende Güterrecht für

---

allein Erworbene für aufgehoben erklärt wird. Dieses Erkenntniß gibt mehrfachen Bedenken Raum, auch ist es nicht vollständig aktenmäßig referirt. Daß übrigens ein Widerspruch zwischen jener und der hier mitgetheilten Entscheidung nicht besteht, ist bei näherer Vergleichung leicht zu ersehen.

dieſe Ehe war, ſo dauerte dieſelbe fort, ſo lange ſie nicht durch Vertrag der H.'ſchen Eheleute wieder aufgehoben wurde. Iſt es auch beſtritten, ob ſie nicht ſchon durch das faktiſche Aufhören des Zuſammenlebens der Eheleute aufgehoben wird, ſo kann dies doch dahingeſtellt bleiben, wenn die Eheleute durch Vertrag vereinbart haben, daß die Errungenſchafts-Gemeinſchaft auch ohne das Zuſammenleben fortbeſtehen ſoll. So gut dieſelben feſtſetzen können, daß trotz des Zuſammenlebens gar keine Vermögens-Gemeinſchaft ſtattfinden ſolle[38], ebenſo ſind ſie berechtigt, wenn ſie die Errungenſchafts-Gemeinſchaft auch ohne Zuſammenleben nützlich finden, zu beſtimmen, daß ſie auf die geſetzliche Vorausſetzung des Zuſammenlebens für dieſes Güterverhältniß unter ſich verzichten. Eine Vereinbarung dieſer Art iſt aber in dem Vergleich vom 13. Juli 1840 enthalten.

Daß durch denſelben die Errungenſchafts-Gemeinſchaft nicht ausdrücklich aufgehoben iſt, zeigt der Wortlaut; ebenſowenig iſt ſie ſtillſchweigend aufgehoben, inſofern ſein Inhalt keinen thatſächlichen Anhaltspunkt hiefür gibt und namentlich der Ehefrau das Verfügungsrecht über ihr Beibringen, das ihr dieſenfalls hätte zurückgegeben werden müſſen, nicht eingeräumt iſt; vielmehr iſt aus dem Vergleich zu entnehmen, daß die Ehegatten die Errungenſchaft aufrecht erhalten wollten. Die Motive hiezu waren durch die vorwaltenden Verhältniſſe von ſelbſt gegeben. Einerſeits waren fortlaufende gemeinſame eheliche Laſten (Unterhalt des gemeinſchaftlichen Kindes, Leiſtung der Heirathskaution des Ehemanns) zu beſtreiten und wußten die Ehegatten damals auch nicht, ob ſie nicht früher oder ſpäter ſich wieder vereinigen werden, andererſeits waren auf beiden Seiten gewiſſe Vermögensmittel (auf Seiten der Frau ein Kapitalvermögen von 5000 fl., auf Seiten des Mannes

[38] Art. 34 Ziff. 2 des Notariatsgeſetzes.

ſein ſtändiger Gehalt) vorhanden, welche durch ihre Erträgniſſe geeignet waren, jene Laſten der Errungenſchafts-Gemeinſchaft zu präſtiren und falls ſich ein Ueberſchuß ergeben ſollte, zugleich beiden Ehegatten ihr Recht hierauf gleichmäßig zu wahren. Was war alſo natürlicher, als in der Beibehaltung der Errungenſchafts-Gemeinſchaft dieſes erleichternde Mittel der Tragung jener Laſten zu ergreifen, während im Falle der Aufhebung der Vermögensgemeinſchaft bei der Schwäche der vorhandenen Vermögensmittel ſchwer abzuſehen geweſen wäre, wie die Ehegatten dieſe Verhältniſſe zum Vortheil für ſie und für Dritte anders hätten ordnen können. In dieſem Sinne, der ſomit eine gewiſſe Nothwendigkeit war, hat der Vergleich vom 13. Juli 1840 die Anwendung der Errungenſchafts-Gemeinſchaft auf die Trennung der Eheleute unternommen und durchgeführt, ſo daß darin die Grundſätze der Errungenſchafts-Gemeinſchaft den mit der getrennten Lebensweiſe der Ehegatten verknüpften Eigenthümlichkeiten angepaßt wurden, um auf ſolche Art dieſes Güterverhältniß unter den Ehegatten aufrecht zu erhalten. . . . . Nach Allem dieſem iſt die beklagte Wittwe als Geſellſchafterin berechtigt, an der ſich ergebenden Errungenſchaft theilzunehmen und war die hiegegen gerichtete Klage abzuweiſen.

Obertribunal-Entſcheidung vom 8. Dezember 1874 in Sachen H. c. H.

21) Privationsſtrafe; dieſelbe fällt dem unſchuldigen Gatten beim Vorhandenſein von Kindern nur zur Nutznießung zu.

Der Grundſatz des römiſchen Rechts, daß der unſchuldige Gatte dasjenige, was als Privationsſtrafe an ihn fällt, wenn Kinder aus der geſchiedenen Ehe vorhanden ſind, nur zu Nießbrauch erwirbt, während das Eigenthum auf die Kinder übergeht, iſt durch das Landrecht Thl. II. Tit. 32 §. 2 nicht beſeitigt.

Die Bestimmung des 2. Landrechts von 1567 S. 255 lautete: „Daß das schuldige und geschiedene Ehegemächt den vierten Theil aller seiner Hab und Güter gegen den unschuldigen vermöge gemeiner geschriebener kaiserlichen Rechte verwirkt haben soll." Durch diese ausdrückliche Bezugnahme auf das gemeine Recht ist daher auch der obige gemeinrechtliche Satz bestätigt. Im 3. Landrecht Thl. II. Tit. 32 §. 2 ist nun zwar diese Fassung dahin abgeändert worden: „Daß das schuldige und geschiedene Ehegemächt den vierten Theil aller seiner plono jure gehabten Güter, nichts davon ausgenommen, verwirkt haben und solcher vierte Theil dem unschuldigen Ehegemächt zugestellt und eingeräumt werden soll." Allein aus den Landrechtsakten S. 251 ff. verglichen mit S. 293 ergibt sich, daß durch diese veränderte Fassung keineswegs die Beseitigung jenes gemeinrechtlichen Satzes bezweckt wurde (welcher in der Haug'schen Relation gar nicht berührt ist), sondern daß es sich bei jener Veränderung lediglich um die Feststellung desjenigen Vermögens, aus welchem die Quart zu berechnen ist, handelte. Mit den (auch in dem Generalreskript vom 29. Juli 1797 Ziff. 3 wiederholten) Worten: „daß solcher vierte Theil dem unschuldigen Ehegemächt zugestellt und eingeräumt werden solle" ist daher nur die Regel des gemeinen Rechts wiederholt, nicht aber zugleich die für den Fall des Vorhandenseins von Kindern gegebene nähere Modifikation jener Regel aufgehoben und in demselben Sinn ist die (übrigens durch das Ergänzungsgesetz vom 15. April 1825 Art. 4, vergl. Verordnung vom 21. Mai 1825 §. 31, wieder aufgehobene) Verordnung vom 18. Dez. 1806 zu verstehen, wenn daselbst gesagt ist, daß der 4. Theil des ganzen Vermögens der schuldigen Frau „ihrem Ehemanne gehöre". Auch in der hieher gehörigen Stelle der Landesordnung Tit. 94 §. 10 ist neben dem Landrecht auf „die gemeinen geschriebenen kaiserlichen Rechte" verwiesen. Die Ansicht, daß die für den Fall des Vorhandenseins von Kindern geltende gemeinrechtliche Bestimmung durch das

württembergiſche Recht nicht beſeitigt ſei, iſt denn auch ſtets in Doktrin und Praxis die herrſchende geweſen [39].

Obertribunal-Entſcheidung in Sachen Stocker c. Gerlach vom 22. Febr. 1875.

22) Enterbung wegen Verbalinjurien; Angabe mehrerer Enterbungs-Urſachen.

In einem Teſtamente war von der Teſtirerin verordnet worden: „Meine Tochter hat ſich nicht wie ein Kind benommen und mich nicht wie eine Mutter behandelt; ſie vergaß ſich ſo, daß ſie ſich thätlich an mir vergriff und mich blutig ſchlug; auch in Briefen an dritte Perſonen hat ſie mich geſchmäht und in verläumderiſcher Weiſe von ihrer Mutter geſprochen. Es liegt ſomit kein Grund für mich vor, dieſer ungerathenen Tochter das zuzuwenden, was nach meinem Tode etwa noch vorhanden ſein ſollte. Sollten die Gründe, welche mich zu dieſer Verfügung beſtimmen, alſo körperliche Mißhandlung und Beleidigungen, nicht hinreichend ſein, ſo ſoll meine Tochter keineswegs mehr bekommen als den Pflichttheil.“ Dieſes Teſtament wurde von der enterbten Tochter mit der Inofficioſitätsquerel und unter der Behauptung angegriffen, daß die angeführten Enterbungsurſachen nicht wahr ſeien, wogegen die beklagten Teſtamentserben bezüglich der im Teſtament genannten Realinjurien auf Zeugen, bezüglich der Verbalinjurien auf einen anerkannten Brief der Klägerin an ihren Oheim ſich beriefen. Die Civilkammer des K. Gerichtshofs in H.

---

[39] Für dieſe Anſicht iſt: Beſold, ad jus prov. Wirt. II. 165. Lauterbach, de donat. propter nuptias §. 76. Cons. Tub. 8. 62 Nr. 40. Grieſinger, Comm. Bd. IV. S. 1240, 1244. Bolley, Betrachtungen S. 306. Weishaar, Württ. Privatrecht Bd. I. S. 217. Geſetzentwurf über allgemeine Gütergemeinſchaft S. 36, 193 und 194. Dagegen: Reinhardt, Landrecht I. S. 401. Reyſcher, Württ. Privatr. Bd. III. S. 114. Zu vergl. Reuffer, Zeitſchrift für Rechtspflege Bd. I. S. 281 und 282.

wies, ohne weiteren Beweis einzuziehen, wegen der in dieſem Briefe enthaltenen Verbalinjurien die Klage ab, welchem Ausſpruch das Obertribunal in folgender Weiſe beitrat:

Nach dem Landrecht Thl. III. Tit. 17 §. 7 kann ein Kind enterbt werden, wenn dasſelbe einem Parens „eine ſchwere Schmach zugemeſſen und alſo dasſelbe injurirt hätte.“ Wenn nun die Klägerin in ihrem Briefe vom 21. April 1872 nicht nur im Allgemeinen ihre Abneigung gegen ihre Mutter ausſprach, ſondern noch insbeſondere über dieſelbe ſagte: „ . . Das hätte meine Mutter gefreut, wenn wir zu Grunde gegangen wären . . . ., wenn ſie die Ihrigen an den Galgen bringen könnte, ſo würde ſie es thun . . ., ihr größtes Vergnügen iſt, ſich am Unglück Anderer zu weiden . . .“, ſo hat ſie ſich einer ſchweren Injurie gegen ihre Mutter ſchuldig gemacht. Ungegründet iſt die Meinung der Klägerin, als ob die Beſchimpfung eine ſolche ſein müſſe, welche ohne Rückſicht auf das Verhältniß zwiſchen Eltern und Kindern, d. h. auch gegenüber von Dritten eine Injurie wäre und daß eine Injurie der letzteren Art hier nicht vorliege. Die Worte der Nov. 115 c. 3 §. 2 geben keinen Anhaltspunkt für dieſe Einſchränkung und auch die Worte des Landrechts können, zumal im Hinblick auf den übrigen Inhalt des Titels über die Enterbung, nicht in dieſem Sinn verſtanden werden; zudem legt der fragliche Brief der Erblaſſerin eine ſolche verwerfliche Denk- und Handlungsweiſe bei, daß auch gegenüber von Dritten eine Injurie darin zu finden wäre. Die im Teſtamentstexte allgemein gehaltene Faſſung der Enterbung wegen Schmähung und Verleumdung in Briefen an Dritte iſt den Geſetzen entſprechend, indem eine ſpeziellere thatſächliche Subſtantiirung Seitens der Teſtirerin nicht erforderlich war und es den Teſtamentserben überlaſſen bleiben konnte, ein entſprechendes Faktum nachzuweiſen (Obertribunal-Erkenntniß vom 21. Febr. 1860 in der Zeitſchrift für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. III. S. 278).

Uebrigens ist mit Grund anzunehmen, daß die Testirerin den Brief vom 21. April 1872 kannte und bei ihrer Verordnung im Auge gehabt hat .... Der Beweis, daß die Klägerin wegen dieses Briefs rite und mit Recht enterbt wurde, ist daher hergestellt und da die Anführung mehrerer Enterbungsursachen nicht kopulativ, sondern nur kumulativ zu verstehen ist (Nov. 115 c. 3 in fine), somit der weitere Enterbungsgrund wegen thätlicher Mißhandlung dahingestellt bleiben konnte, so war die erhobene Inofficiositätsquerel schon nach Vorstehendem abzuweisen.

Obertribunal-Entscheidung vom 16. Oktober 1874 in Sachen B. c. C.

23) Ist der Grund der Enterbung in guter Absicht im Testamente namhaft zu machen?

Es ist kein wesentliches Erforderniß, daß der Grund der Enterbung in guter Absicht in einem Testamente, in welchem der Testirer ausdrücklich erklärt, daß die Enterbung in guter Absicht geschehe und in dem er seine wohlmeinende Absicht durch anderweite Dispositionen kundgegeben hat, noch näher spezialisirt werde. Aus allgemeinen Gründen läßt sich die Nothwendigkeit einer solchen Spezialisirung nicht herleiten. Wie nemlich der Erblasser bei einer Enterbung aus guter Absicht nicht an die für den Fall einer gehässigen Enterbung wegen Undankbarkeit und pflichwidrigen Betragens des Notherben ertheilten beschränkenden Vorschriften (Nov. 115) gebunden sein kann, vielmehr dieselbe überall dann stattfindet, wenn nach der Persönlichkeit des Notherben oder dessen Verhältnissen für den Erblasser gerechter Grund zu der Befürchtung vorliegt, derselbe werde im Falle der Zuwendung um das ihm in Aussicht stehende Erbe kommen, so ist diesem Motiv in einem Testamente, das obigen Inhalt hat, auch genügender Ausdruck gegeben. Spezielle Gesetzesbestimmungen, die dieser Annahme im Wege stünden, liegen nicht vor. Daß die Nov. 115 auf die Enterbung in guter Absicht nicht analog angewendet

werden kann, ist schon erwähnt worden, und auch aus der l. 16 §. 2 Dig. curat. furios. dandis (27, 10) geht nicht hervor, daß die Anführung des Grundes bei einer Enterbung der gedachten Art in einer andern als nur generellen Weise für ein unerläßliches Erforderniß der Rechtsgültigkeit des Testaments erklärt wäre.

Entscheidung des Obertribunals vom 3. Dezember 1874 in Sachen Pflüger c. Pflüger.

24) Enterbung in guter Absicht ist in einem Testamente der Eltern zwischen Kindern zulässig.

Daß die Enterbung in guter Absicht auch in einem Testamente der Eltern zwischen Kindern erfolgen könne [40], wird zwar von Bolley, 33 Aufsätze S. 17, und das Wichtigste der Rechtsverhältnisse, S. 420, bestritten, ohne daß jedoch eine Begründung hiefür gegeben würde. Für diese Ansicht liegt kein genügender Grund vor. Denn das Landrecht Thl. III. Tit. 5 §. 4 enthält über die sogenannte Enterbung in guter Absicht Nichts und seine Bestimmung, die sich auf die eigentliche Enterbung, die exheredatio notæ causa bezieht, bei welcher es um eine Strafe des Enterbten zu thun ist, kann nicht auf eine letztwillige Verfügung bezogen werden, die das Beste des Enterbten und seiner Familie im Auge hat. Entsprechend dem wird denn auch die Zulässigkeit einer Enterbung in guter Absicht in dem Testamente der Eltern zwischen Kindern von der Mehrzahl der württ. Schriftsteller angenommen [41].

Erkenntniß des Obertribunals vom 3. Dezember 1874 in Sachen Pflüger c. Pflüger.

---

[40] Daß die exheredatio bona mente überhaupt zulässig ist, hierüber zu vergl. dieses Archiv, Bd. XV. S. 183.

[41] Kapff, Rechtssprüche S. 328. Griesinger, Comm. Bd. V. S. 121. Reinhardt, Comm. Thl. 3 S. 46 Note 3. Weishaar, Privatrecht §. 806. Stein, Erbrecht §. 59.

25) Teſtamentserrichtung nach der ſogenannten 6. Landrechtsform.

Das Obertribunal hat unter Billigung der Anſicht der württ. Rechtslehrer ſchon des Oefteren anerkannt, daß ein vor Notar und fünf Zeugen in der Weiſe des gemeinen Rechts errichtetes ſchriftliches Teſtament für gültig zu achten ſei [42]. Dieſen Anforderungen entſpricht das vorliegende Teſtament. Nach l. 21 pr. §. 1, l. 28 §. 1 Cod. (6, 23) hat der Teſtirer beim ſchriftlichen Privatteſtament 1) ſeinen Aufſatz den Zeugen offen oder verſchloſſen vorzulegen mit der Erklärung, daß dies ſein Teſtament ſei und mit der Bitte, daß ſie deſſen Zeugen ſein mögen. 2) Hat er den Aufſatz ſelbſt geſchrieben und dies auf dem Teſtamente beigeſetzt, ſo braucht er den Aufſatz nicht zu unterſchreiben; hat er ihn aber nicht ſelbſt geſchrieben, oder zwar ſelbſt geſchrieben, aber den Beiſatz hierüber nicht gemacht, ſo muß er den Aufſatz vor den Zeugen unterſchreiben. 3) Alle Zeugen haben auf dem Teſtamente ihre Unterſchrift und Siegel beizuſetzen [43].

Daß der erſte dieſer 3 Punkte erfüllt iſt, iſt aus dem Text des Solenniſationsprotokolls wörtlich zu entnehmen. Was den 2. Punkt betrifft, ſo hat die Teſtirerin ihren letzten Willen nicht blos ſelbſt geſchrieben, ſondern auch, und zwar ſowohl innen als auf der Außenſeite beigeſetzt, daß ſie ihn ſelbſt geſchrieben habe, und überdieß hat ſie ihn unterſchrieben und geſiegelt. Da dieſes Unterſchreiben nach dem Vorbemerkten ein Superfluum war, ſo konnte es die Teſtirerin mit der Beiſetzung ihrer Unterſchrift vor oder erſt bei der Solenniſation nach Belieben halten und hat die (die Nichtigkeitserklärung des Teſtaments verlangende) Klägerin Unrecht, wenn ſie daraus, daß die Unterſchrift

---

[42] Zu vergl. Württ. Archiv Bd. XIII. S. 350 Note 135.

[43] Zu vergl. Zeitſchrift für Preuß. Gerichtsbarkeit Bd. X. S. 165—66, 170—71, Bd. III. S. 164.

nicht vor den Zeugen beigesetzt wurde, einen Formmangel ableiten will, sofern die Unterschrift überhaupt nur in dem Fall erforderlich gewesen wäre, wenn die Testirerin den Beisatz über das Selbstschreiben unterlassen hätte. Endlich haben, was den 3. Punkt anbelangt, der Notar und alle fünf Zeugen ihre Unterschriften und Siegel beigefügt, nachdem die Solennisationsurkunde, auf welcher dies geschah, von dem Notar mit dem Testamentsaufsatze der Erblasserin siegelmäßig zusammengeheftet und so mit jenem Aufsatz zu einer einzigen Urkunde vereinigt worden war, womit der Anforderung, daß diese Unterschriften und Siegel dem Testament selbst und nicht einer „besonderen" Urkunde beigegeben sein sollen [44], nach Maßgabe der heutigen Behandlung der Testamente entsprochen ist.

Entscheidung des Obertribunals in Sachen Brodhag c. Cröglinger vom 16. Oktober 1874.

25) Vermächtnißvertrag; rechtliche Gültigkeit und thatsächliche Erfordernisse desselben.

Der Erblasser der Beklagten hatte dem Kläger Georg H. der Reihe nachfolgende Urkunden ausgestellt: „Der Unterzeichnete erklärt hiemit, daß er dem Georg H. zur Entschädigung für einen Verlust die Summe von 300 fl. in seinem Testamente vermacht hat. Stuttgart den 5. Febr. 1870. Reg.-Rath K." „Obiger Betrag wird um 65 fl. erhöht. Den 15. Febr. 1870. K." „Dafür, daß Georg H. für die Zahlung eines verflossenen Monats eine billige Frist gewährt, wird ihm eine Entschädigung durch ein weiteres Legat von 100 fl. zugesagt. Den 28. Mai 1870. K." Die in diesen Erklärungen versprochenen Vermächtnisse wurden von dem Erblasser der Beklagten weder in sein Testament aufgenommen, noch in die Form von Kodizillen gebracht. Dagegen schrieb derselbe noch kurz vor

[44] Bolley, 33 Aufsätze S. 14. Reyscher, P.R. Bd. III. §. 649 in fine.

seinem Tode an den Kläger H. einen Brief, worin er sich entschuldigt, daß er die genannten Summen nicht bezahlen könne und womit er denselben auf obige Urkunden verweist, „nach welchen dem H. ein sicheres Kapital zufalle, das bei seinem (des K.) Alter von 66 Jahren nicht lange mehr ausbleiben werde.“ Auf Grund dieser Thatsachen forderte der Kläger H. von den Erben des K. die ihm versprochenen Geldbeträge, indem er ausführte, daß den erwähnten Urkunden nicht der Charakter einer bloßen Ankündigung letztwilliger Zuwendungen, sondern die Bedeutung einer verbindlichen Zusage, welcher die letztwillige Verschaffung des Zugesagten nur als Bestimmung über Zeit und Art der Erfüllung angehängt sei, beizumessen sei. Das Obertribunal gab dieser Klage, die in der ersten Instanz abgewiesen worden war, mit folgenden Motiven Statt:

Man braucht den Inhalt der fraglichen Urkunden nicht in der Weise zu unterscheiden, wie es der Kläger thut; denn es handelt sich nach denselben einfach um ein Vermächtnißversprechen, das von dem Erblasser der Beklagten dem Kläger gegeben und von letzterem angenommen wurde. Ein Vermächtnißvertrag ist, und zwar in formloser Weise, ebensowohl statthaft wie ein allgemeiner oder partieller Erbvertrag [45]. Er unterscheidet sich von der bloßen Eröffnung, ein Vermächtniß geben zu wollen und

---

[45]. Windscheid, Pandekten §. 632. Hartmann, Lehre von den Erbverträgen S. 73—84. Seuffert, Archiv Bd. XII. Nr. 279, Bd. XXIV. Nr. 48. Eichhorn, D. Privatr. §. 344. Hasse, Rhein. Museum Bd. III. S. 17 ff. Philipps, D Privatr. Bd. II. §. 171. Bluntschli, D. Privatr. Bd. II. §. 196. Mittermaier, Grundsätze ꝛc. §. 453. Reyscher, Württ. Privatr. Bd. II. §. 697. Weishaar, Württ. Privatr. (2. Aufl.) §. 602 ff. scheint die Gültigkeit eines Vermächtnißvertrags nicht anzunehmen. Unerwähnt bleibt derselbe in den Handbüchern von Zeitter und Stein. Gegen die Annahme eines Erbvertrags über einzelne Sachen spricht sich aus Langen und Kori, Erörterungen Bd. II. Nr. 25, Beseler, Erbverträge II. 1 S. 21—24 u. 214—228, Gerber, D. Privatr. §. 257, Württ. Archiv Bd. XVI. S. 38 ff.

der Annahme dieser Eröffnung Seitens des Honorirten durch die thatsächlich kundgegebene Absicht des Erklärenden, sich zu Reichung des Vermächtnisses vertragsmäßig verpflichten zu wollen und durch die Acceptation dieser erklärten Absicht Seitens des bedachten Mitkontrahenten [46]. Die in Rede stehenden 3 Urkunden bilden ein zusammenhängendes Ganzes, eine Gesammturkunde, die sich im Sinne eines rechtlichen Versprechens charakterisirt. Diese Intention der Urkunde wird durch den nachfolgenden Brief in schlagender Weise bestätigt. Indem der verstorbene K. hierin die Urkunde als dasjenige Dokument hervorhob, durch welches dem Kläger die Sicherheit für den unfehlbaren Bezug der legirten Entschädigung ertheilt sei, mußte er nothwendig anerkennen wollen, daß die Urkunde dem Kläger ein Recht auf das Legat ertheile. Und da die Begründung eines solchen Rechts nach der Form der Urkunde nur dann hatte entstehen können, wenn diese von K. mit der Absicht einer rechtsverbindlichen Zusage ausgestellt worden war, so erscheint die Auslegung gerechtfertigt, daß sich K. hiedurch gegen den Kläger zu Reichung eines Vermächtnisses von 465 fl. vertragsmäßig verpflichten wollte. Daß dieses Versprechen vom Kläger acceptirt wurde, geht schon aus der Annahme der ihm darüber ausgestellten, von K. übergebenen Urkunde hervor, die nach der eigenen Aeußerung des letzteren zur rechtlichen Deckung des Klägers bestimmt war. Hatte sich hienach K. vertragsmäßig verpflichtet, nach seinem Tode dem Kläger die streitige Summe als Vermächtniß zu reichen, so ist diese Verbindlichkeit von seinen Erben zu erfüllen, mag nun eine letztwillige Verfügung zu ihrer Realisirung ergangen sein oder nicht.

Entscheidung in Sachen Hommel c. Keller vom 14. Nov. 1874.

---

[46] Seuffert, Archiv Bd. IX. Nr. 48. Nach der Natur der Sache, welche zudem im Landrecht III. S. 8 §. 5 positiven Ausdruck gefunden hat, streitet im Allgemeinen die Vermuthung gegen die Annahme der Absicht, daß ein Erb- beziehungsweise Vermächtnißvertrag habe eingegangen werden wollen.

Kann die Ehefrau ohne Einwilligung des Ehemanns auf die weiblichen Freiheiten mit rechtlicher Wirkung verzichten?

Soweit die Verwaltungsrechte des Ehemanns sich erſtrecken, kann eine verheirathete Frau ohne deſſen Beiſtimmung weder etwas von ihrem Vermögen veräußern, noch in Beziehung auf ihr Vermögen eine vertragsmäßige Verbindlichkeit giltig übernehmen [1]. Hieraus folgt aber nicht, daß auch diejenige Handlung einer in landrechtlicher Errungenſchaftsgeſellſchaft lebenden Ehefrau, wodurch dieſelbe ſich für eine ſchon vorher beſtehende Schuld der ehelichen Geſellſchaft den Gläubiger ausdrücklich als mithaftbar erklärt, mit der Wirkung, daß ſie ſich ihrer Verbindlichkeit auch durch Anrufung der weiblichen Freiheiten nicht entſchlagen könnte, ungiltig iſt, wenn der Ehemann derſelben nicht zugeſtimmt hat.

Wenn eine in Errungenſchaftsgeſellſchaft lebende Ehefrau für eine ohne ihre Mitwirkung begründete Sozialſchuld dem Gläubiger noch ausdrücklich als mithaftbar ſich erklärt, ſo übernimmt dieſelbe damit nicht eine neue Verbindlichkeit in Beziehung auf ihr den Verwaltungsrechten des Ehemanns unterworfenes Vermögen (den hälftigen Antheil von der Errungenſchaft und aushilfsweiſe ihr Beibringen), wie in dem Falle, wenn ſie zur Tilgung oder Sicherung einer Sozialſchuld einen Wechſel ausſtellt oder acceptirt [2], ſondern ſie anerkennt nur, oder beſtätigt nur eine für ſie bereits beſtehende Verbindlichkeit und inſoweit trifft der an die Spitze geſtellte Rechtsſatz unzweifelhaft nicht zu. Allerdings hat eine ſolche Erklärung gemäß Art. 68 des Pfandentwicklungsgeſetzes die weitere Wirkung, daß die Ehefrau

---

[1] Landrecht Thl. III. Tit. 7 §. 3. Pfandentwicklungsgeſetz Art. 4 Abſ. 2.

[2] Württ. Archiv Bd. IX. S. 361 ff.

ſich einer ſolchen Schuldverbindlichkeit nicht mehr, wie dieß ohne Hinzutritt einer ſolchen Erklärung der Fall ſein würde, durch Verzicht auf ihren Antheil an der Errungenſchaft entſchlagen kann; die Erklärung enthielt alſo mittelbar einen zum Voraus erklärten Verzicht auf die Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten bezüglich der fraglichen Schuld.

Nun hat ſich zwar das Obertribunal in der Streitfrage, ob eine in das Verwaltungsrecht des Ehemannes übergreifende Verfügung der Ehefrau, alſo insbeſondere die Uebernahme einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit von Seiten der in landrechtlicher Errungenſchaftsgeſellſchaft lebenden Ehefrau in Beziehung auf ihren Antheil an dem ehelichen Geſellſchaftsvermögen oder ihr Beibringen für die Ehefrau ſelbſt unverbindlich ſei oder nur für den Ehemann, ſo daß die Verfügung der Ehefrau nach dem Aufhören der Verwaltungsrechte des Ehemannes vollziehbar würde, für die erſtere Alternative entſchieden[3]. Man könnte nun, wenn eine von der Ehefrau bezüglich des dem Verwaltungsrechte des Ehemanns unterworfenen Vermögens getroffene Verfügung auch nach dem Aufhören dieſes Verwaltungrechtes der Ehefrau ſelbſt gegenüber unwirkſam iſt, ſchließen wollen, daß auch ein ſolcher mittelbar einen Verzicht auf die genannte Rechtswohlthat enthaltender Akt, da er die Ehefrau zwar nach Aufhören des Verwaltungsrechtes des Ehemanns, aber doch mit ihrem zuvor dieſem Verwaltungsrechte unterworfenen Vermögen haftbar machen ſoll, für ſie unverbindend ſei, wenn er nicht mit Zuſtimmung des Ehemanns erfolgt ſei. Allein gerade bei der Beſtimmung darüber, ob die Ehefrau ſich das Recht der Anrufung der weiblichen Freiheiten wahren wolle oder nicht, iſt die Ehefrau unabhängig von dem Verwaltungsrechte des Ehemanns und muß davon unab-

---

[3] Seuffert, Archiv Bd. III. Nr. 179. Lang, württ. Perſonen-, Familien- und Vormundſchaftsrecht S. 276 ff. Sarwey, Monatſchrift Bd. V. S. 419 ff.

hängig sein, weil sie bei dieser Verfügung dem Ehemanne gegenüber als Partei, als selbständige Betheiligte auftritt. Jene Rechtswohlthat ist eine der Ehefrau zustehende persönliche Befugniß, ihr eingeräumt zum Schutze gegen nachtheilige Vermögensverwaltung des Mannes, ein Recht also, in dessen Ausübung oder Nichtausübung sie durch den Ehemann nicht beschränkt werden kann. Erstrecken sich aber hienach die Verwaltungsrechte des mit seiner Frau in landrechtlicher Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehemannes von vornherein nicht so weit, so muß die Ehefrau auch für befugt erachtet werden, die Erklärung, daß sie für eine bereits bestehende Sozialschuld dem Gläubiger mit verbindlich sein wolle, ohne Zustimmung des Ehemanns wirksam abzugeben.

Entscheidung des Obertribunals vom 9. Juli 1874 in der Nichtigkeitsklagsache Englert c. Gebr. Rohrbacher. K.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Geheimenraths in Administrativ-Justizsachen.

Mit Bemerkungen.

(Von Dr. Sarwey.)

1) Zuständigkeit des K. Geheimenraths zur materiellen Würdigung einer Beschwerde des einen Bau vorhabenden Eigenthümers gegen einen denselben verhindernden oder beschränkenden Beschluß der Baubehörden aus den polizeilichen Gründen der mangelnden Zugänglichkeit für Feuerlösch- und Rettungs-Anstalten, der Rücksichten der Feuersicherheit und der Salubrität, insbesondere auf Grund des Art. 28 der Bauordnung vom 6. Oktober 1872.

Zufolge des Art. 1 der neuen Bauordnung, welcher das Baurecht des Eigenthümers anerkennt, soweit das-

ſelbe nicht durch das Geſetz beſchränkt iſt, ſteht feſt, daß dem Eigenthümer, welcher behauptet, im Widerſpruch mit dem Geſetze durch eine Verfügung des Miniſterium des Innern in ſeinem Baurecht beſchränkt zu ſein, ein Beſchwerderecht an den Geheimenrath als oberſte Verwaltungsjuſtizbehörde zuſteht und daß ſodann der materiellen Prüfung des Geheimenraths die Frage unterliegt, ob die Abweiſung oder Beſchränkung des Bauvorhabens in geſetzlichen Vorſchriften begründet iſt oder nicht[1].

Die Grenze dieſer Zuſtändigkeit des Geheimenraths gibt zu keinem Bedenken Anlaß, wenn es eine beſtimmte geſetzliche Vorſchrift iſt, in deren Anwendung das Bauvorhaben in der Miniſterialinſtanz unterſagt wurde oder einzelne das Bauprojekt abändernde oder beſchränkende Vorſchriften ertheilt worden ſind. Die Entſcheidung der Behörden über ein Baugeſuch iſt in dieſem Fall der Sache nach nicht die Ertheilung einer Erlaubniß, einer Konzeſſion, ſondern das Ergebniß einer Prüfung der Geſetzmäßigkeit des Bauvorhabens, der Ausſpruch, daß demſelben ein geſetzmäßiges Hinderniß im Wege ſteht oder nicht im Wege ſteht.

Die Aufgabe der mit der Handhabung der Baugeſetze in erſter und der Rekursinſtanz betrauten Behörden, der Gemeindebehörden, der Oberämter und des Miniſterium des Innern iſt eine doppelte, was erſt in der höchſten verwaltungsrichterlichen Inſtanz, der Inſtanz des Geheimeraths poſitiv hervortritt, eine polizeiliche und eine richterliche. Die erſte geht dahin, das öffentliche Intereſſe, die polizeilichen Rückſichten in Gemäßheit des Geſetzes und innerhalb der von dem Geſetze gezogenen Grenze gegenüber den zur Anzeige kommenden Bauprojekten zu wahren; die zweite entſcheidet gleichzeitig darüber, ob die Polizeibehörde zu dieſer Beſchränkung des Baurechts der Einzelnen, das der Geſetzgeber anerkannt

[1] Vergl. dieſes Archiv Bd. XV. S. 355.

hat, vermöge des Gesetzes befugt ist. Nur die letztere Frage ist es, worüber im Falle einer Beschwerde des Eigenthümers der Geheimerath als oberster Verwaltungsrichter zu entscheiden hat, und da in dem Falle, wenn in den vorhergehenden Instanzen ein Bauvorhaben auf Grund einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift beanstandet oder beschränkt wurde, die erste, die polizeiliche Thätigkeit vollständig mit der richterlichen, der Anwendung des Gesetzes auf den einzelnen Fall sich deckt, so bietet in diesen Fällen die Abgrenzung der Zuständigkeit des Verwaltungsrichters gegen die Verwaltung, die Polizei, keine Schwierigkeit[2].

Den gesetzlichen Vorschriften stehen hinsichtlich der Frage der Zuständigkeit des Geheimenraths zur materiellen Prüfung einer Beschwerde ganz gleich die Vorschriften der Ortsbaustatute und der Baupolizeibehörden, insoweit dieselben vermöge der von dem Gesetze diesen Behörden (Gemeindebehörden, Oberämtern und Ministerium des Innern) ertheilten Vollmacht ergangen sind und sich innerhalb der durch diese Vollmacht gezogenen Grenzen des Verfügungsrechtes bewegen. Diese lokalen oder allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften bilden einen Theil der gesetzlichen Beschränkung des im Eigenthum enthaltenen Rechtes, zu bauen; sie beschränken dasselbe ebenso, wie bestimmte im Gesetze selbst gegebene Vorschriften. Dieselben stehen, vorbehältlich der Prüfung ihrer Gesetzmäßigkeit, für den Verwaltungsrichter fest, sie unterliegen hinsichtlich ihrer thatsächlichen Angemessenheit und Zweckmäßigkeit keiner Kognition des Geheimenrathes, welcher als oberste Verwaltungsjustizbehörde, weil er keine höhere Verwaltungsbehörde über den

---

[2] Vergl. unten Mittheilung Nr. 9. Wenn das in Gemäßheit des Art. 79 vor dem Beginn des Baues einzuholende polizeiliche Erkenntniß häufig als Bauerlaubniß, Gestattung des Baues, Verweigerung der Bauerlaubniß bezeichnet wird, so wird hiemit in Kürze sein positiver oder negativer Inhalt bezeichnet, der Ausdruck ist jedoch nach Obigem nicht für die Regel korrekt.

Miniſterien iſt, ſie ebenſo wie das Geſetz als rechtsbeſtändige Normen anzuerkennen und anzuwenden hat, ſoweit ſie innerhalb der geſetzlichen Vollmacht von den Baupolizeibehörden ergangen ſind.

Andererſeits iſt klar, daß die Baupolizeibehörden, ſoweit ſie Ortsbauſtatuten oder Verfügungen in Anwendung der ihnen als ſolchen von dem Geſetze ertheilten Vollmacht erlaſſen, nicht als Verwaltungsgerichte handeln und man kann daher auch die Grenze des materiellen Prüfungsrechts des Geheimenraths bezüglich der in Bauſachen von der erſten und zweiten Inſtanz ergangenen Verfügungen ganz formell dahin beſtimmen, daß dasſelbe ſich auf diejenigen Verfügungen nicht erſtreckt, welche die Baupolizeibehörden als ſolche innerhalb der ihnen von dem Geſetze ſelbſt eingeräumten Vollmacht erlaſſen haben. Darüber, daß ſie in dieſer ihrer Eigenſchaft als Baubehörden handeln, kann in denjenigen Fällen, in welchen es ſich um allgemein giltige Verfügungen handelt, der Natur der Sache nach ein Zweifel nicht entſtehen. Nun gibt aber die Bauordnung in ſehr vielen Punkten Vorſchriften, bei welchen nach dem Ermeſſen der Behörden im einzelnen Fall eine Beſchränkung ausgeſprochen oder eine für die Regel geſetzlich aufgeſtellte Beſchränkung erlaſſen werden kann.

Würde die Bauordnung bei jeder einzelnen dieſer zahlreichen Vorſchriften, durch welche dem Ermeſſen der Behörden nach den Verhältniſſen im einzelnen Fall eine Verfügung überlaſſen iſt, ſich klar darüber ausgeſprochen haben, ob die Gemeindebehörden, die Oberämter und das Miniſterium des Innern als Polizeibehörden vermöge einer ihnen als ſolchen von dem Geſetzgeber eingeräumten und das Baurecht inſoweit beſchränkenden Befugniß ihre Verfügung treffen ſollen, oder ob das richterliche Ermeſſen über die Anwendung des Geſetzes auf den einzelnen Fall entſcheiden ſoll, ſo wäre hiemit für die Grenze der materiellen Prüfung dieſer Verfügungen durch den Geheimenrath als oberſte Inſtanz für Rechtsbeſchwerden die klare Norm gegeben;

das Recht der materiellen Prüfung wäre für jene Fälle zu verneinen, für diese zu bejahen.

Die Bauordnung hat jedoch unterlassen, sich hierüber durch Aufstellung eines Grundsatzes oder für jede einzelne ihrer Vorschriften auszusprechen und es kann nicht geleugnet werden, daß hierin ein Mangel des Gesetzes zu Tage getreten ist. Die Entscheidung der Frage, in welchen Fällen die von dem Gesetze dem behördlichen Ermessen vorbehaltenen einzelnen Verfügungen von der Polizeibehörde als solcher zu erlassen sind, in welcher mit andern Worten die Polizeibehörden dieselben endgiltig unter Ausschluß ihrer materiellen Prüfung durch den Geheimenrath als Verwaltungsrichter treffen, und in welchen Fällen die ergangenen Verfügungen als Anwendung gesetzlicher Vorschriften auf den einzelnen Fall im Beschwerdeweg der materiellen Würdigung des Geheimenraths unterstellt werden können, ist um so schwieriger, als in dem Gesetze weder eine gleichmäßige Ausdrucksweise eingehalten, noch aus den Motiven und den Kammerverhandlungen ein sicherer Anhaltspunkt für die Befolgung eines bestimmten Grundsatzes in dieser Frage zu entnehmen ist. Die Gefahr, welche aus dieser Unsicherheit für die Anwendung des Gesetzes entsteht, ist eine doppelte. Es kann durch eine zu große Beschränkung des materiellen Prüfungsrechts der obersten Verwaltungsjustizbehörde der von der Bauordnung unzweifelhaft beabsichtigte Rechtsschutz des baulustigen Eigenthümers gegen willkürliche Beschränkungen durch die Polizeibehörden auf ein bedenkliches Maß verringert werden. Andererseits kann durch eine allzugroße Ausdehnung jenes materiellen Prüfungsrechts dem Geheimenrathe eine Aufgabe erwachsen, für welche sich überhaupt eine richterliche Behörde nicht eignet und für welche auch seine Organisation und sein Verfahren, wie es zur Zeit besteht, in keiner Weise geeignet erscheinen.

Diese Gesichtspunkte verdienen vom Standpunkte der lex ferenda aus alle Beachtung und können vielleicht im

Laufe der Zeit die Ergänzung des Gesetzes in diesem Punkte, sei es durch ein Nachtragsgesetz, sei es im Wege der authentischen Interpretation, wünschenswerth erscheinen lassen. Selbstverständlich können dieselben jedoch bei der Entscheidung der Frage vom Standpunkte der Anwendung des gegebenen Gesetzes aus nicht von Einfluß sein. Vielmehr sind hiebei einzig und allein die allgemeinen Auslegungsregeln maßgebend.

Für einen Theil der hier in Betracht kommenden Vorschriften, in welchen das Gesetz die Verfügung im einzelnen Fall nach allgemeinen Gesichtspunkten dem behördlichen Ermessen anheimgibt, wird man sich nun allerdings über die wirkliche Absicht des Gesetzgebers leicht einigen können.

In einer Reihe von Fällen verneint das Gesetz grundsätzlich, der Regel nach, das Recht zu bauen oder in einer bestimmten Art zu bauen, läßt jedoch das Bauen oder eine bestimmte Art zu bauen ausnahmsweise zu. Auch in diesen Fällen sind wiederum zwei Möglichkeiten denkbar. Entweder gibt das Gesetz selbst die Norm, nach welcher die Ausnahme zuzulassen ist, es läßt das Bauen oder die Untersagung des Baues je nach der thatsächlichen Sachlage unter Bezeichnung der Voraussetzungen der Ausnahme zu oder es gibt die Zulassung der Ausnahme ausdrücklich dem Ermessen der Baupolizeibehörde mit oder ohne Hinweisung auf bestimmte Rücksichten anheim. Im ersteren Falle kann das Baurecht, sofern die Bedingungen der Ausnahme zutreffen, nicht als durch das Gesetz beschränkt bezeichnet werden und es ist daher eine der Verwaltungsrechtsprechung anheimfallende Frage, ob die Regel oder die Ausnahme eintritt. Gegen einen in solchem Falle das Bauvorhaben ablehnenden oder beschränkenden Beschluß des Ministerium des Innern ist unzweifelhaft Beschwerde an den Geheimenrath mit der Wirkung der materiellen Prüfung der Ministerial-Entscheidung statthaft. Hierher gehört der Art. 40 der Bauordnung, welcher bestimmt, daß die Anbringung eines Bretter- oder Schindelschirmes auf ausgemauerten

Riegelwandungen in der Regel nur dann zuläßig ist, wenn die betreffenden Gebäude mit ihren Dachvorsprüngen soweit entfernt sind, daß im Brandfall eine Feuermittheilung nicht zu besorgen ist und von dieser Beschränkung drei besonders bezeichnete Ausnahmen macht. Es wird keinem Widerspruch begegnen, daß über die Frage, ob eine dieser Ausnahmen zutrifft und aus diesem Grunde die im ersten Absatz des Artikels für die Regel untersagte Art des Baues zuzulassen ist, auf erhobene Beschwerde der Geheimerath zu erkennen hat. Dasselbe wird bezüglich der Behandlung der in den Artikeln 48 und 54 zugelassenen Ausnahmen zu gelten haben. Im zweiten Falle dagegen verbietet das Gesetz das Bauen oder eine bestimmte Art des Baues und es kann wohl dann, wenn das Gesetz ausdrücklich die Ausnahme „der Polizeibehörde" oder dem polizeilichen Ermessen anheimgibt, nicht bezweifelt werden, daß die Verweigerung der Zulassung der Ausnahme nicht zur materiellen Würdigung an den Geheimenrath im Beschwerdewege gebracht werden kann. In diesen Fällen besteht nach dem Gesetze kein Recht, zu bauen. Das Gesetz hat das Baurecht verneint und es kann nur durch den besondern Verwaltungsakt die polizeiliche Erlaubniß, ausnahmsweise die Befugniß, zu bauen oder in einer bestimmten Art zu bauen *erworben* werden. Diese Verfügung ist auf Eine Linie mit der Konzessionirung oder der Dispensation zu stellen und da Niemand ein Recht auf eine solche Verfügung haben kann, ist auch gegen ihre Verweigerung eine Rechtsbeschwerde unstatthaft. Man wird sonach im Zweifel, zumal im Hinblicke auf die Motive zu den hier in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen überall, wo das Gesetz als Regel das Bauen oder eine bestimmte Art zu bauen ausschließt und nur ausnahmsweise der Verfügung „der Polizeibehörde" „dem polizeilichen Ermessen" die Zulassung, Gestattung, Erlaubniß der Ausnahme anheimgibt, als die Absicht des Gesetzes anzunehmen haben, daß hierüber die Polizeibehörde *endgiltig* entscheidet. Einen erkennbaren

Ausdruck hat diese Absicht des Gesetzgebers in diesen Fällen mit dem Worte „Polizeibehörden" erhalten, da das Gesetz die Polizeistellen den Verwaltungsjustizstellen entgegenstellt und mit dem Ausdruck Verwaltungsbehörden beide zusammenfaßt (Art. 74 Abs. 2). Hierher gehören folgende Vorschriften der Bauordnung:

1) Art. 21 Abs. 4, welcher die Gestattung des Zurücksetzens von Gebäuden wie des Hervortretens einzelner Gebäudetheile über die Baulinie, wenn ein Ortsbaustatut nicht vorhanden ist oder hierüber Nichts bestimmt hat, nach den in den Abs. 1 bis 3 bezeichneten Rücksichten „von dem Ermessen und den Vorschriften der Polizeibehörde" abhängig macht.

2) Der Art. 29 bestimmt, daß in einem Orte, wo Abstände zwischen den Gebäuden ohne Unterschied der Bauart derselben vorgeschrieben waren, in den Fällen, wenn zwei benachbarte Gebäude dieser Vorschrift gemäß erbaut worden sind, auch nach Aufhebung dieser polizeilichen Vorschrift der durch den Abstand entstandene Zwischenraum nur insoweit überbaut werden darf, „als daraus den Eigenthümern der benachbarten Gebäude nach Ermessen der Polizeibehörde kein erheblicher Nachtheil erwächst."

3) Nach Art. 31 ist über die Entfernung neuer Bauten von Waldungen, Lager-, Holzabstoß- und Wasenplätzen, Eisenbahnlinien und öffentlichen Wassern, sowie von Friedhöfen „durch das Ortsbaustatut oder im einzelnen Falle Bestimmung zu treffen." Nach den Motiven und der Erörterung des Art. 31 in der Kammer der Abgeordneten [3]

---

[3] Die Motive sagen zu Art. 31: „Die dabei maßgebenden Verhältnisse sind so verschiedener Natur, daß die gesetzliche Feststellung ganz bestimmter Normen nicht räthlich erscheint, da solche entweder nicht festgehalten werden können oder bald unnöthig beschränken, bald selbst den wirklich nothwendigen Schutz nicht gewähren würden. Der Entwurf gibt darum die nähere Bestimmung hierüber den Ortsbaustatuten oder dem Ermessen der Baupolizeibehörde

kann darüber kein Zweifel sein, daß hiebei die Ergänzung des Gesetzes durch das Ortsbaustatut oder durch eine im einzelnen Fall ergehende, ihrem Ermessen anheimgegebene Verfügung der Polizeibehörde gedacht wurde, obwohl allerdings nicht erhellt, aus welchem Grund hier nicht ebenso wie in andern Artikeln die Hinweisung auf das Ermessen der Polizeibehörden in den Text des Gesetzes Aufnahme gefunden hat.

4) Nach Art. 33 Abs. 4 kann in Orten oder für Ortstheile von vorherrschend landwirthschaftlichem Betrieb von den in Abs. 1 und 2 gegebenen Vorschriften „eine Ausnahme durch Ortsbaustatut oder polizeiliche Verfügung" zugelassen werden [4].

5) Nach Art. 42 Abs. 3 darf bei andern als den in Abs. 1 und 2 bezeichneten Bauten die Herstellung festgeschlossener Wandungen nur da unterbleiben, „wo nach dem Ermessen der Baupolizeibehörde ein Bedenken nicht entgegensteht."

In allen diesen Fällen steht aus den obenangeführten Gründen dem Geheimenrath die materielle Prüfung und Würdigung einer Verfügung der Polizeibehörde, in letzter Instanz des Ministeriums nicht zu, durch welche in Anwendung der Regel das Bauen oder eine bestimmte Art zu bauen untersagt und die ausnahmsweise Zulassung des Baues abgelehnt worden ist.

Zweifelhaft ist die Frage im Falle des Art. 23 Abs. 5 [5], nach welchem die Bestimmung der zulässigen größten Höhe, beziehungsweise der hiebei erforderlichen Bauart der Gebäude in Abweichung von der in Abs. 1 ausgesprochenen Regel, daß die größte zulässige Höhe an beiderseits

im einzelnen Fall anheim." Der Abg. v. Schad fand es bedenklich, „in Art. 31 der Polizei plein pouvoir zu geben, so daß ihrem Belieben eigentlich keinerlei Grenze gezogen sein soll." v. Bitzer, Neue allgemeine Bauordnung S. 296. Schütz S. 254, vergl. unten Nr. 6, 7.

[4] Vergl. unten Nr. 8.

[5] Ueber Art. 32 vergl. unten Nr. 9.

angebauten oder anzubauenden Ortsstraßen die Breite der Straße um mehr als 4,5 Meter nicht übersteigen soll, „der Verfügung bezw. dem Ortsbaustatut" vorbehalten ist. Nach den Motiven zu Art. 23 ist unter dem Worte „Verfügung" nur eine allgemeine Regierungsverfügung zu verstehen, wornach von den Polizeibehörden im einzelnen Falle keine Abweichung von der Regel des ersten Absatzes durch Vorschrift einer geringeren Höhe angeordnet werden kann und die Beschränkung der Gebäudehöhe auf ein unter der Regel des ersten Absatzes stehendes Maß durch eine einzelne Polizeiverfügung eine mit dem Gesetze unvereinbare Beschränkung des Baurechts wäre, gegen welche die Rechtsbeschwerde an den Geheimenrath zuläßig ist. Für diese Auffassung spricht insbesondere, daß ein in dem ersten Berichte der Kommission der Kammer der Standesherren gestellter Antrag, daß im Falle des Mangels einer ortsstatutarischen Vorschrift die Bestimmung der zuläßigen größten Höhe, bezw. der hiebei erforderlichen Bauart „dem Ermessen und den Vorschriften der Polizeibehörde" vorbehalten sein soll, von der Kommission der Kammer der Abgeordneten nicht aufgenommen und stillschweigend durch die Beschlüsse der Ständeversammlung abgelehnt wurde [6].

Außer den angeführten finden sich nun aber in der Bauordnung zahlreiche Vorschriften, in welchen die Beschränkung des Baurechts durch ganz allgemein bezeichnete polizeiliche Rücksichten ohne die ausdrückliche Hinweisung darauf, daß dieselben durch das Ortsbaustatut oder die Polizeibehörde zu wahren sind, ausgesprochen wird.

Die wichtigste dieser Vorschriften ist der Art. 28, dessen Anwendung auch zu den zahlreichsten bis jetzt an den Geheimenrath gebrachten Beschwerden Anlaß gegeben hat. Aehnliche Bestimmungen unter Hinweisung auf die

[6] Diese Auffassung des Art. 23 Abs. 5 findet sich auch bei Schütz a. a. O. S. 248, wogegen v. Bitzer a. a. O. S. 246 eine „allgemeine oder besondere" Verfügung, auch die Zulassung von Ausnahmen zufolge dieser Bestimmung für möglich hält.

Rückſichten der Feuerſicherheit und der Zugänglichkeit für Feuerlöſch- und Rettungsanſtalten, oder der Geſundheit und Sicherheit finden ſich ferner in den Art. 14 Abſ. 4, 32, 35, 37, 42, Abſ. 1, 2, 46, Abſ. 2, 47, 52 und 53.

Bei der Anwendung dieſer ſämmtlichen Vorſchriften kann nur das pflichtmäßige Ermeſſen der Behörden darüber entſcheiden, ob und unter welchen Bedingungen bei einem Bauweſen die von dem Geſetze bezeichnete Rückſicht des öffentlichen Intereſſes, nach welcher die geſetzmäßige Zuläßigkeit eines Bauvorhabens beurtheilt werden ſoll, gewahrt iſt oder nicht. Es fragt ſich nun aber, ob das Geſetz den Polizeibehörden als ſolchen die endgiltige Entſcheidung hierüber anheimgeben wollte oder nicht, mit andern Worten, ob in dem Falle, wenn der Eigenthümer, welcher bauen will, welchem jedoch aus einer dieſer Rückſichten durch das Miniſterium des Innern die Ausführung ſeines Bauweſens nicht geſtattet oder für dasſelbe eine Vorſchrift ertheilt worden iſt, hiegegen Beſchwerde bei dem Geheimenrath mit der Wirkung erheben kann, daß von dieſer oberſten Verwaltungsjuſtizbehörde materiell geprüft wird, ob dieſe Rückſichten gewahrt ſind oder nicht.

In zwei im Jahr 1873 ergangenen Entſcheidungen hat der K. Geheimerath dieſe Frage verneint. Gegen das Vorhaben des S. H. und S. G. in St., an einer zwar in dem Ortsbauplan aufgenommenen, aber noch nicht eröffneten Straße ein Gebäude zu errichten, wurde von der Bauabtheilung des Gemeinderaths eingewendet, daß die Zugänglichkeit nach der Bauſtelle fehle, indem die Benützung eines zu dem Bauplatze führenden Feldwegs, weil derſelbe für einen ſolchen Verkehr, namentlich während des Baues zu ſchmal ſei, zu andern als für landwirthſchaftliche Zwecke verſagt wurde. Auf die Einwendung der Bauluſtigen, daß ſchon einige Häuſer erbaut ſeien, welche dieſen Weg als Zugang benützen, wurde bemerkt, daß je mehr Gebäude errichtet werden, deſto größer der Fahrverkehr ſich geſtalte

und daß für einen ſtärkeren Verkehr der Weg wegen ſeiner geringen Breite ganz ungeeignet ſei. Gegen die das Baugeſuch auf Grund des Art. 13 Abſ. 4 und Art. 28 der Bauordnung abweiſende Entſchließung des K. Miniſterium des Innern vom 17. Juni 1873 wurde Beſchwerde erhoben und dieſe durch Beſchluß des Geheimenraths vom 29. Auguſt 1873 mit folgender Begründung abgewieſen: In Erwägung, daß den Rekurrenten, wie ſie ſelbſt anerkennen, bezüglich des von ihnen beabſichtigten Bauweſens an der E.ſtraße in H. für die Erbauung und Benützung der zu errichtenden Gebäude eine andere Zufahrt zu der nächſten Ortsſtraße nicht zur Verfügung ſtehe, als der an ihrem Anweſen vorbeiführende, keine Ortsſtraße bildende ſtädtiſche Weg, deſſen Benützung für dieſe Zwecke von der Gemeindebehörde beanſtandet werde und daß für den Zugang zu der Rückſeite ihres Gebäudes mit Feuerlöſchgeräthſchaften gleichfalls nur der in Frage ſtehende Weg direkt zu benützen ſei, ſeien die Rekurrenten durch die Entſchließung des K. Miniſterium des Innern in einem ihnen zuſtehenden Rechte nicht als verletzt zu betrachten, ſofern der Art. 13 die Baubehörde in dem bei ihrem Bauvorhaben zutreffenden Falle ermächtige, von den Bauenden die Herſtellung der für die Erbauung und Benützung des Gebäudes unentbehrlichen Zufahrt von der nächſten Ortsſtraße aus auf eigene Koſten zu verlangen und nach Art. 28 jeder Bau ſo angelegt werden müſſe, daß er im Falle eines Brandes für die Feuerlöſch- und Rettungsanſtalten entſprechend zugänglich ſei, worüber im einzelnen Fall die Baupolizeibehörden zu entſcheiden haben.

In gleicher Weiſe wurde die durch Beſchluß des Geheimenraths vom 15. Sept. 1873 erfolgte Abweiſung der Beſchwerde des M. H. in St. gegen die Verwerfung ſeines Baugeſuchs auf Grund des Art. 13 Abſ. 4 und Art. 28 damit begründet, daß „die Entſcheidung darüber, welche Zufahrt als genügend zu erachten ſei, nach Art. 28 der

Bauordnung der pflichtmäßigen Erwägung der zuständigen Baupolizeibehörde anheimgestellt bleibe."

In mehreren andern Fällen (Entscheidung vom 25. Febr. 1873 in der Beschwerdesache des A. M. in C. und vom 26. Juli 1873 in der Beschwerdesache des E. K. in C. (unten Nr. 10 wurde die Beschwerde mit der kurzen, der Frage selbst nicht präjudizirenden Begründung abgewiesen, daß der Beschwerdeführer als in einem Rechte verletzt nicht erachtet werden könne, da das Baurecht nach Art. 1 u. 28 durch die Vorschrift der Belassung des für Feuerlösch- und Rettungsanstalten erforderlichen Raumes und der entsprechenden Zugänglichkeit an sich beschränkt sei.

In der Beschwerdesache des Kaufmanns B. in St. wurden jedoch gegen die Begründung der Verweigerung der Bauerlaubniß materielle Bedenken erhoben und aus Anlaß derselben mußte die Frage prinzipiell entschieden werden, ob im Fall einer Beschwerde wegen Versagung oder Beschränkung eines Bauvorhabens auf Grund des Art. 28 Abs. 1 der Geheimerath sachlich die Voraussetzungen des Art. 28, daß im Falle eines Brandes für die Feuerlösch- und Rettungsanstalten der erforderliche Raum gegeben ist und entsprechende Zugänglichkeit besteht, zu prüfen habe.

Bei der Berathung der Frage machten sich 3 Ansichten geltend.

Die eine Ansicht ging dahin, daß in Fällen, wo die Bauordnung keine absolut feststehende, sondern eine solche polizeiliche Vorschrift ertheile, welche einem Ermessen Raum gebe, dieses Ermessen nicht zur Kompetenz des Administrativrichters, sondern der Polizeibehörde stehe, nicht ein richterliches, sondern ein polizeiliches Ermessen sei.

Eine zweite mittlere Ansicht erkannte an, daß auch in Fällen, in welchen dem Ermessen von dem Gesetzgeber die Anwendung des Gesetzes nach bestimmten allgemein bezeichneten Rücksichten anheim gegeben sei, hiemit die Zuständigkeit des Administrativrichters zur materiellen Prüfung einer

ergangenen Ministerialverfügung an sich nicht ausgeschlossen, daß auch das Gericht in der Lage sei, nach seinem Ermessen zu entscheiden. Dagegen sei bei jeder einzelnen hierher gehörigen Gesetzesbestimmung zu untersuchen, ob der Gesetzgeber für die Wahrung der von ihm allgemein bezeichneten Rücksichten des öffentlichen Interesses die Polizeibehörden als solche habe berufen wollen oder die Anwendung des Gesetzes nach richterlichem Ermessen vorausgesetzt habe. Im ersten Falle müsse eine von der Polizeibehörde als solcher zur Wahrung des öffentlichen Interesses im Sinne des Gesetzes ergangene Verfügung im einzelnen Falle als eine Ergänzung des Gesetzes gerade ebenso, wie Ortsbaustatute und allgemeine zufolge der gesetzlichen Vollmacht ergangene Polizeiverfügungen als bindend für den Verwaltungsrichter anerkannt und könne sie von demselben nicht materiell nach ihrer sachlichen Richtigkeit geprüft werden. Daß dies bei Art. 28 die Absicht gewesen sei, ergebe sich aus den Motiven, wornach der Ausspruch des Ministeriums des Innern, daß den feuerpolizeilichen Rücksichten des Art. 28 durch ein Bauwesen nicht genügt sei, sich der materiellen Prüfung und Kognition des Geheimenraths entziehe.

Eine dritte Ansicht ging dahin, daß die Ausschließung des Verwaltungsrechtswegs nicht ohne Weiteres schon dann anzunehmen sei, wenn die Bauordnung sage, daß im einzelnen Fall von der Polizeibehörde das Bauen untersagt, eine Auflage gemacht, eine Bestimmung oder Verfügung getroffen werden könne oder solle. Es komme auf den Zusammenhang der ganzen Vorschrift, namentlich darauf an, ob anzunehmen sei, daß die Bauordnung im fraglichen Falle das Baurecht des Grundeigenthümers als ausgeschlossen behandle und ein Fingerzeig hiefür liege allerdings darin vor, wenn die Bauordnung lediglich gar keine Bedingungen oder Schranken für das Ermessen der Polizeibehörde aufstelle. Denn neben einem Ermessen ohne Schranken könne kein Recht bestehen, auch nicht

ein Recht von bescheidenstem Umfang. Daraus hingegen, daß die Polizeibehörde als dasjenige Organ genannt sei, welches die Verfügung erlassen könne oder solle, folge noch nicht die Ausschließung des Administrativjustizweges. In allen Baupolizeisachen, auch in solchen, welche zweifellos zur Verfolgung bei dem Verwaltungsrichter sich eignen, habe zunächst die Baupolizeibehörde zu kognosciren oder die Initiative im Interesse des öffentlichen Wohls zu ergreifen. Auch unter dem Ausdruck „polizeiliche, feuerpolizeiliche, gesundheitspolizeiliche Bedenken" seien keine subjektiven Bedenken der Polizeibehörde, sondern objektive Bedenken, d. h. bestimmte Gefahren zu verstehen, deren Beweis verlangt und geliefert und wenn überhaupt der Administrativrichter zuständig sei, von ihm geprüft werden könne. Der Art. 28 Abs. 1 insbesondere enthalte Nichts, was zur Annahme berechtigen würde, daß das Gesetz die Zuständigkeit des Administrativrichters ausschließen wolle. Auch die Motive berechtigen nicht zu dieser Annahme. Wenn dieselben sagen, daß „die Vollzugsbehörden" zufolge der gesetzlichen Vorschrift mit Recht verlangen werden, daß insoweit, als nicht öffentliche Feuergassen bestehen, überall genügende Zu- oder Durchfahrten von angemessener Breite bezw. Höhe hergestellt werden, so sei dies Nichts als eine Exemplifikation des Sinnes und Zweckes der vorliegenden Gesetzesbestimmung. Daß der „Vollzugsbehörde" die Vollziehung des Art. 28 Abs. 1 zukomme, gelte von allen Vorschriften der Bauordnung mit Ausnahme der privatrechtlichen.

Durch Mehrheitsbeschluß vom 3. Febr. 1874 entschied sich der Geheimerath für die letztere Ansicht, worauf nach weiterer Instruktion in der Sache selbst am 1. Juli 1874 folgender Beschluß gefaßt wurde:

Indem der Art. 28 der Bauordnung vom 6. Oktober 1872 im ersten Absatz vorschreibe, „jeder Bau müsse so angelegt werden, daß im Falle eines Brandes für die Feuerlösch- und Rettungsanstalten der erforderliche Raum gegeben sei und entsprechende Zugänglichkeit bestehe", ermäch-

tige er zunächst die Vollzugsbehörden, das dieser Gesetzesbestimmung Entsprechende zu verlangen, bezw. vorzuschreiben. Dadurch aber werde die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters bei sich ergebender Beschwerde gegen die Vollzugsverordnung der Polizeibehörde darüber zu erkennen, ob durch die Verfügung desselben nicht im konkreten Fall das in Art. 1 des Gesetzes festgestellte Baurecht eines Grundeigenthümers als verletzt zu betrachten sei, nicht ausgeschlossen und es sei deßhalb die Beschwerde des Kaufmanns J. B. in St. gegen die sein Gesuch um Erlaubniß zu Errichtung eines Hinterhauses zu seinem Wohnhause abweisende Entschließung des K. Ministeriums des Innern vom 18. Nov. 1873 nicht als unstatthaft anzusehen.

Dagegen sei diese Beschwerde, wie hiemit geschehe, in der Erwägung als unbegründet zu verwerfen, daß das beabsichtigte Hintergebäude nur auf der Seite gegen die H.straße für Feuerlösch- und Rettungsanstalten die entsprechende Zugänglichkeit besitze, solche dagegen auf drei Seiten des Gebäudes durch die umliegenden Gebäude der Nachbarn und überdies durch die bestehenden Niveauunterschiede mehr oder weniger erschwert, auf der vierten aber dadurch ausgeschlossen sei, daß der Zwischenraum zwischen dem beabsichtigten Neubau und der Grenze des Hofraumes, welcher zu dem Hause Nr. — gehöre, nur 1,15 M. betrage, der Beschwerdeführer sonach durch die Abweisung seines Baugesuchs nicht als in einem ihm zustehenden Rechte verletzt zu erachten sei.

Man ersuche das K. Ministerium des Innern, solches dem Kaufmann J. B. in St. auf seine Eingabe vom 7. Dez. v. J. gefälligst eröffnen zu lassen.

Dabei sei dem K. Ministerium die ergebenste Mittheilung zu machen, daß der K. Geheimerath die Frage der Zuständigkeit des Administrativrichters zum materiellen Erkenntniß in der vorliegenden Beschwerdesache wiederholt in eingehende Erwägung gezogen habe und bei dessen Bejahung von folgenden Gründen geleitet worden sei:

1) Auch in baupolizeilichen Beschwerdesachen müsse der allgemeine, auf dem §. 60 Ziff. 1 der Verfassungsurkunde ruhende Grundsatz für die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters maßgebend sein, wenn und soweit es sich nicht um eine solche Vorschrift der Bauordnung handle, von welcher bestimmt nachweisbar sei, daß ihre Anwendung durch das Gesetz in das endgiltige Ermessen der Baupolizeibehörde habe gestellt werden wollen. Es sei dies um so mehr begründet, als die Bauordnung in Art. 1 ausdrücklich ein Baurecht des Grundeigenthümers in den daselbst bezeichneten Grenzen statuire.

2) Ein Beweis dafür liege nicht vor, daß der unter Ziff. 1 aufgestellte Grundsatz bei der Anwendung des Art. 28 Abs. 1 durch das Gesetz als ausgeschlossen zu betrachten sei.

3) Die Anwendung der fraglichen Vorschrift sei auch nicht schon aus dem Grunde von dem Erkenntnisse des Verwaltungsrichters ausgeschlossen, weil sie dem Ermessen einen gewissen Spielraum lasse, indem mit der richterlichen und speziell der verwaltungsrichterlichen Thätigkeit ein solches Ermessen keineswegs unvereinbar erscheine.

Endlich 4) berechtige auch die Bemerkung in den Motiven zu Art. 28, dahinlautend, es werden die Vollzugsbehörden mit Recht verlangen, daß überall genügende Zu- und Durchfahrten ꝛc. offen gelassen werden, überall nicht zu der Schlußfolgerung, daß gegenüber einer irrthümlichen Anwendung der Bestimmung des Gesetzes von Seiten der Vollzugsbehörde eine Beschwerde habe ausgeschlossen werden wollen.

Der Geheimerath hat in den nach diesen Beschluß an ihn gelangten Beschwerden diesen Grundsatz befolgt und demgemäß auf Grund der materiellen Würdigung der Frage, ob ein Bauwesen den in Art. 28 Abs. 1 bezeichneten polizeilichen Anforderungen entspreche, erkannt:

Beschluß vom 7. Mai 1874 in der Beschwerdesache der Kaufleute A. und H. in St.,

Beschluß vom 8. April 1874 in der Beschwerdesache des Oekonomen Sch. von C.,

Beschluß vom 29. Aug. 1874 in der Beschwerdesache des K. S. von B. (unten Nr. 13.)

In allen diesen Fällen wurde übrigens die in Anwendung des Art. 28 erfolgte Abweisung des Baugesuchs bestätigt. Es liegt auch wohl in der Natur der Sache, daß bei der allgemeinen Fassung des Art. 28 der Bauordnung, welche dem Ermessen einen großen Spielraum läßt, das Verwaltungsgericht nicht leicht in die Lage kommen wird, die auf sachverständige Erwägungen sich stützenden Aussprüche der Ministerialinstanz, daß es an dem erforderlichen Raum für Feuerlösch- und Rettungsanstalten und an der entsprechenden Zugänglichkeit fehle, zu reformiren. Ein Präjudiz bezüglich der übrigen in diese Kategorie gehörigen, oben aufgezählten Artikel der Bauordnung ist mir außer zu Art. 52 (unten Nr. 16) nicht bekannt. Man wird jedoch bezüglich derselben wohl kaum zu einem andern Ergebniß als bezüglich des Art. 28 Abs. 1 gelangen können.

2) Ist gegen eine die Bauerlaubniß ertheilende Ministerialverfügung eine Beschwerde an den K. Geheimenrath als oberste Administrativ-Justizbehörde in Verfolgung einer auf polizeiliche, öffentlich-rechtliche Vorschriften der Bauordnung gestützten Einwendung gegen ein Bauvorhaben statthaft?

Daß die Bauordnung vom 6./12. Oktober 1873 in Betreff der Feststellung der Grenze der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts gegenüber der Verwaltung und der hierauf beruhenden Regelung der Beschwerden und Beschwerdeformalien die wünschenswerthe Folgerichtigkeit und Bestimmtheit vielfach vermissen läßt, worauf schon in der ersten [7] Besprechung des Gesetzes in diesem Archiv hin-

[7] Bd. XV. S. 318, insbes. S. 374—382.

gewiesen wurde, zeigt die vorausstehende Erörterung über die Zuläßigkeit einer Rechtsbeschwerde des in seinem Bauvorhaben durch eine Ministerialverfügung aus den polizeilichen Gründen der mangelnden Zugänglichkeit und Feuersicherheit oder aus Rücksichten der Salubrität beschränkten Grundeigenthümers.

Weniger zweifelhaft schien dem Verfasser die Frage zu sein, ob derjenige betheiligte Dritte, welcher sich nicht auf die nachbarrechtlichen, sondern auf die polizeilichen, öffentlich rechtlichen Vorschriften des Gesetzes zu Begründung einer Einwendung gegen ein beabsichtigtes Bauwesen beruft, gegen eine unter Verwerfung der Einreden das Bauwesen nicht beanstandende Ministerialverfügung ein Recht der Beschwerde an den K. Geheimenrath als oberste Administrativjustizbehörde hat. Im Anschluß an eine hierüber bei Berathung des Art. 90 (Art. 92 des Entw.) stattgehabte Erörterung in der Kammer der Abgeordneten [7] ist der Verfasser der erwähnten Besprechung der Bauordnung zu folgendem Ergebniß gelangt:

Der Regel nach hat derjenige, welcher sich auf die nicht im vierten Abschnitt unter den nachbarrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes enthaltenen Vorschriften beruft, um eine Einwendung gegen ein beabsichtigtes Bauunternehmen zu begründen, kein subjektives Recht der Beschränkung des Eigenthümers in seinem Bauvorhaben, folgerichtig auch keine Rechtsbeschwerde gegen die in der obersten Verwaltungsinstanz, von dem Ministerium des Innern, ergangene, ein Bauwesen zulassende Verfügung. Dies wird im Einzelnen durch Erörterung der Art. 23, 31, 46, 21 Abs. 3, 29 und 32 nachzuweisen versucht. Dabei wird anerkannt, daß diese Regel nicht ohne Ausnahme sei, nur verlangt, daß die Ausnahme in dem einzelnen Fall, in welchem ein Dritter behauptet, in seinem Rechte verletzt zu

[7] Vergl. Schütz, die Bauordnung S. 330. Verh. der Kammer der Abgeord. von 1870/72, Prot.-Bd. II. S. 1026.

sein, nachgewiesen, d. h. dargethan werde, daß das Gesetz ein subjektives Recht des Dritten, das in Frage steht, anerkennt.

Von dieser Auffassung ausgehend, hat auch das Ministerium des Innern eine Verfügung, durch welche den Partik. S. und E. die Erlaubniß zur Errichtung eines Stallhintergebäudes ertheilt wurde, dem Nachbar Schreiner H., welcher hiegegen auf Grund des Art. 28 der Bauordnung und §. 48 des Ostsbaustatuts über Zulässigkeit von Hintergebäuden, sowie wegen Schmälerung des bisherigen Maßes von Luftzutritt und Verdunkelung der untern Räume seines Wohngebäudes Einsprache erhoben hatte, ohne Rekursbelehrung eröffnen lassen. Der Schreiner H. erhob gegen diese Verfügung Beschwerde an den Geheimenrath unter Beobachtung der Rekursfristen des Art. 90 und aus Anlaß dieser Beschwerde wurde die Frage von der Statthaftigkeit einer Rechtsbeschwerde in Verfolgung einer auf die polizeilichen Vorschriften des Art. 28 der Bauordnung gestützten Einwendung gegen ein Bauvorhaben erstmals von dem K. Geheimerath grundsätzlich entschieden.

Der am 5. Mai 1875 mit Stimmenmehrheit gefaßte Beschluß, soweit er hierher Bezug hat, lautet:

„2) was die Beschwerde des Rekurrenten H. darüber betreffe, daß das nach Art. 28 der Bauordnung erforderliche Maß der Zugänglichkeit für Feuerlösch- und Rettungsanstalten in unstatthafter Weise beeinträchtigt würde, so sei dieselbe bereits in den Entscheidungsgründen des K. Ministerium des Innern erschöpfend gewürdigt und widerlegt worden und es sei daher der Beschwerdeführer in diesem Punkte lediglich auf die erwähnten Entscheidungsgründe zu verweisen;

3) was endlich die Beschwerde des Rekurrenten H. über die Verdunkelung der untern Stockwerke seines Wohngebäudes und über die Schmälerung des bisherigen Maßes von Luftzutritt zu diesen Gebäuden anbelange, so sei der

Beschwerdeführer in dieser Hinsicht in keinem ihm zustehenden öffentlichen Rechte verletzt. Die Berufung desselben auf §. 48 des Stuttgarter Ortsbaustatuts, welches erst am 15. Juli 1874 in Wirksamkeit getreten sei, erscheine im Allgemeinen schon darum als nicht begründet, weil das Baugesuch der Partikuliers S. und E. auch in seiner neuesten Gestalt bereits vor dem Inkrafttreten des genannten Ortsbaustatuts anhängig geworden sei, wozu noch komme, daß der §. 48 Abs. 3 dem Betheiligten kein Recht, sondern nur der Baupolizeibehörde die Ermächtigung gewähre, ausnahmsweise den dort genannten Abstand der Rück- oder Nebenseite eines Hintergebäudes, auch wenn keine Oeffnungen in demselben angebracht werden, zu verlangen.

Die gegen die Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 28. Nov. 1874 erhobene Rekursbeschwerde sei daher als unbegründet zu verwerfen und das K. Ministerium des Innern sei zu ersuchen, hievon dem Beschwerdeführer gefällig Eröffnung machen zu lassen.

Zugleich sei dem K. Ministerium des Innern in Erwiderung der jenseitigen geehrten Note vom 4. Januar, worin bemerkt sei, es habe das Ministerium dem Schreiner H. bei der Eröffnung der Ministerialentscheidung in der Annahme der Nichtexistenz eines weiteren Rekursrechts für denselben keine Rekursbelehrung ertheilen lassen, nachfolgende ergebenste Mittheilung zu machen:

Aus Anlaß des vorliegenden Rekursfalles habe der Geheimerath die Frage, ob einem betheiligten Gebäudenachbar ein vor dem Administrativrichter verfolgbares Recht auf Beobachtung der gebietenden Vorschrift des Art. 28 Abs. 1 der Bauordnung zustehe und ob mithin der Administrativrichter eine hierauf gestützte Beschwerde desselben materiell zu würdigen habe, einer eingehenden Prüfung unterzogen und er sei im Hinblick auf die der Bauordnung zu Grunde liegenden Prinzipien, wie solche insbesondere in Art. 88 Abs. 1, Art. 90 und Art. 76

zum Ausdruck gelangt seien, und im Hinblick auf die einschlägigen, der Verabschiedung des Gesetzes vorausgegangenen ständischen Verhandlungen zu dem Ergebniß gelangt, die erwähnte Frage zu bejahen, wenn gleich er in einer dießfälligen Beschwerde des Nachbars nicht einen Rekurs in einer Parteistreitigkeit im Sinne des Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 über die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen habe erblicken können, da es sich hiebei nicht um einen Rechtsanspruch des Nachbars an den Bauunternehmer handle, sondern beiderlei Betheiligte mit ihren Ansprüchen der öffentlichen Gewalt gegenüberstehen.

Obwohl mit dieser Entscheidung zunächst nur für den Fall, daß sich ein betheiligter Gebäudenachbar gegen ein Bauvorhaben auf den Art. 28 Abs. 1 der Bauordnung beruft, die Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde anerkannt und hiemit die allgemeine oben aufgestellte Regel nicht unbedingt unvereinbar ist, so führen doch die Gründe, auf welche in dem Beschlusse selbst hingewiesen ist, weiter. Es drängt sich die Frage auf, ob mit dieser Thesis nicht überhaupt, sowohl für Nachbarn als andere dritte Betheiligte, welche sich zur Wahrung ihrer Interessen auf polizeiliche Vorschriften berufen, wenn diese Vorschriften gebietende oder verbietende sind, die Zulässigkeit einer Beschwerde an den Geheimenrath ausgesprochen ist.

Einige Bemerkungen hierüber unter Berücksichtigung des wesentlichen Inhalts der eingehenden Begründung, welche der Beschluß im Vortrage des Herrn Referenten des Geheimenraths gefunden hat, mögen daher dem Verfasser gestattet sein.

Die polizeilichen Vorschriften, durch welche das Baurecht des Eigenthümers beschränkt wird, haben unzweifelhaft ihren inneren Grund in Rücksichten des öffentlichen Interesses. Das öffentliche Interesse ist jedoch nicht in dem Sinne ein abstrakter Begriff, daß nicht durch Beachtung oder Nichtbeachtung desselben die Interessen bestimmter Einzelner in gleichem Maße berührt werden könnten.

Insbesondere sind es die Nachbarn des baulustigen Eigenthümers, welche unmittelbar und direkt bei dem Bauvorhaben interessirt sein können. Immer aber muß neben diesem Einzelinteresse auch ein über diese Grenze hinausgehendes Interesse eines unbestimmten Kreises von Einzelnen vorliegen, um eine polizeiliche Beschränkung des Baurechts zu rechtfertigen. Denn wo dies nicht der Fall ist, wo das Interesse bestimmter, unmittelbar angrenzender Nachbarn ausschließlich in Frage steht, würden derartige gesetzliche Beschränkungen ihre richtige Stellung nur in den privatrechtlichen, den nachbarrechtlichen Bestimmungen zu finden haben. Eine konsequente Gesetzgebung wird demzufolge streng zwischen diesen Fällen zu unterscheiden haben. Die Folge wäre nur, daß einzelne um des allgemeinen Interesses willen in die polizeilichen Vorschriften aufgenommene Beschränkungen des Baurechts neben der polizeilichen auch zu einer privatrechtlichen Beschränkung des Baurechts, zu einer gesetzlichen Servitut zu Gunsten der Nachbarn zu potenziren wären. Wenn z. B. in Art. 23 der Bauordnung über die größte zulässige Höhe der Gebäude unbedingt verbietende Vorschriften gegeben werden, so könnte diese Vorschrift auch in der Art zu einem Nachbarrechte gemacht werden, daß den Nachbarn in einer gewissen Entfernung ein privatrechtliches Einspracherecht gegen das Höherbauen eingeräumt würde, ohne deßhalb diese Vorschrift aus den polizeilichen Bestimmungen wegzunehmen. In diesem Falle wäre das Verhältniß ein klares. Darüber, ob durch ein Bauvorhaben das Recht des Nachbars verletzt werde, hätte der Civilrichter zu entscheiden. Unabhängig aber von der Einsprache des Nachbars und der Entscheidung des Civilrichters hätte die Polizeibehörde über die Wahrung des Gesetzes im öffentlichen Interesse, über die Beobachtung der baupolizeilichen Vorschriften zu wachen. Von selbst würde in diesem Falle einleuchten, daß zwar dem baulustigen Eigenthümer, wenn er behauptet, im Widerspruch mit dem Gesetze durch einen

Akt der öffentlichen Gewalt, der Baupolizeibehörde, in seinem Baurecht beschränkt zu sein, nach dem Prinzipe der Administrativjustiz[8] die Anrufung des Verwaltungsgerichts offen stehen muß, nicht aber dem Nachbar, welcher behauptet, daß einem Bauwesen sein gesetzliches Beschränkungsrecht entgegenstehe, da dieser nicht durch einen Ausspruch der öffentlichen Gewalt innerhalb der Zuständigkeit derselben, sondern durch das Bauen seines Nachbars, durch einen Einzelnen in einem Rechte verletzt würde, dessen Schutz ebenso, wie zahlreiche andere gesetzliche Servituten (vergl. Art. 56, 58, 59, 60 u. ff.) dem Civilrichter anheimfällt.

Die Bauordnung hat das Konzessionssystem verlassen, und das Erkenntniß der Baupolizeibehörde ist nicht die Erlaubnißertheilung zum Bauen, sondern nur die Erklärung, daß dem Bauvorhaben ein gesetzliches, polizeiliches Hinderniß nicht im Wege stehe und deßhalb von der Polizeibehörde dasselbe nicht beanstandet werde. Der Nachbar also, welcher ein solches polizeiliches Hinderniß behauptet, ist streng genommen nicht durch den Ausspruch der Polizeibehörde, sondern nur durch das Vorhaben des Baulustigen in seinem Interesse gefährdet. Nun hat die Bauordnung neben polizeilichen Vorschriften über die Entfernung der Gebäude von der Nachbargrenze, über Bauten außerhalb Etters, über lästige Benützungsarten des Eigenthums in den Art. 56, 59, 60, 65 privatrechtliche Normen zum Schutze der Nachbarn gegeben und hiemit nachbarrechtliche Eigenthumsbeschränkungen, über welche im Streitfall der Civilrichter zu entscheiden hat, aufgestellt. Wenn sie also und soweit sie es nicht für nöthig gefunden hat, weitere Eigenthumsbeschränkungen unter die nachbarrechtlichen (privatrechtlichen) Vorschriften neben den baupolizeilichen Beschränkungen aufzunehmen, muß, will man folgerichtig zu Werke gehen, angenommen werden, daß das Gesetz Dritten, seien es die unmittelbaren

[8] Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 21—24.

Anlieger oder andere Betheiligte, keine Beschränkungsbefugnisse einräumen wollte. Hiemit ist aber von selbst gegeben, daß dieselben auch kein Beschwerderecht an den obersten Administrationsrichter (den Geheimenrath) wegen Nichtbeachtung polizeilicher Vorschriften haben. Denn zufolge des von dem Geheimenrathe festgehaltenen Prinzips greift die Verwaltungsrechtsprechung (das Beschwerderecht an den Geheimenrath) nur da Platz, wo ein subjektives Recht in Frage steht.

Daß wenn ein Baugesetz in der bezeichneten Weise konsequent gedacht und durchgeführt ist, von einem Anrufen des Verwaltungsgerichts durch den Nachbar oder gar einen Dritten mit seinen Interessen Betheiligten der Regel nach keine Rede sein kann, dürfte hiemit klar gestellt sein und kaum auf Widerspruch stoßen.

Wenn man gleichwohl die Zulässigkeit der Beschwerde behauptet, so ist dies mit jenem Grundsatze nur zu vereinigen, wenn man davon ausgeht, das Gesetz *kenne* auch *Nachbarrechte*, welche nicht in den *nachbarrechtlichen Bestimmungen*, sondern unter den polizeilichen Vorschriften ihre Stelle gefunden haben.

Ganz abgesehen nun aber davon, daß diese Absicht einen sehr unzureichenden Ausdruck gefunden hätte und die meisten hierher gehörigen Bestimmungen nicht glücklich formulirt wären, wäre noch zu beweisen, daß eine und dieselbe gesetzliche Vorschrift eine polizeiliche, öffentlich rechtliche *und* eine nachbarrechtliche Beschränkung enthalten *könne*, ohne in sich selbst auf Widersprüche zu führen und insbesondere die Grenze der Beschränkungsberechtigungen der Nachbarn in einer über jedes praktische Bedürfniß hinausgehenden Weise auszudehnen. Eine Beschränkung des Baurechts zu Gunsten bestimmter Einzelner, welche hierauf einen Anspruch erwerben, setzt die Feststellung des Interesses dieses Einzelnen voraus, welches und wie weit dasselbe geschützt werden soll. In der Natur der polizeilichen Vorschrift liegt es aber, daß ihre Wirkung über

das Interesse bestimmter Einzelner hinausgehen muß, da sie nur aus diesem Grunde sich zu einer polizeilichen Vorschrift eignet. Soll nun das subjektive Recht so weit gehen als die Beschränkung im öffentlichen Interesse und wenn nicht, wo ist die Grenze, welche das Gesetz selbst nicht zieht? Es ist vorauszusehen, daß in der Anwendung diese Schwierigkeit immer unlösbarer herantritt. Wie wenig man auch mit einer solchen Konstruktion subjektiver Rechte sich im Einklang mit dem Grundgedanken befindet, nach welchem die Ausscheidung der privatrechtlichen und polizeilichen Bestimmungen des Gesetzes gemacht ist, wird sich aus Folgendem ergeben:

Nach den Motiven[9] war der leitende Grundsatz, daß diejenigen Eigenthumsbeschränkungen, welche im öffentlichen Interesse angeordnet sind und daher durch Vereinbarung der Betheiligten nicht abgeändert werden können, privatrechtliche sind und in den privatrechtlichen Theil gehören. Man könnte nun vielleicht in dem Satze „welche dem Eigenthümer lediglich zum Besten des Nachbars auferlegt sind", den Beweis finden, daß außer diesen auch andere, polizeiliche Eigenthumsbeschränkungen von dem Gesetze anerkannt seien, welche neben den öffentlichen Interessen auch zum Besten des Nachbars eingeführt seien und folgerichtig im Verwaltungsrechtswege denselben Schutz zu genießen haben wie die privatrechtlichen im Civilrechtswege. Allein eben hiedurch würde man in die Anwendung der polizeilichen Vorschriften das Verzichtsprinzip einführen, welches hiernach von denselben ausgeschlossen sein sollte. Wenn die oberste Polizeibehörde, das Ministerium des Innern, ein Bauwesen als nach dem Gesetze zulässig erklärt und der betheiligte Nachbar dies bestreitet, so hat nach jener Thesis derselbe das Recht, einen Ausspruch des Verwaltungsrichters hierüber herbeizuführen, welcher nicht etwa nach dem Gesichtspunkte des nachbarlichen Interesses,

[9] v. Bizer, die neue allgem. Bauordnung mit Erläut. S. 12.

sondern von dem allgemeinen Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses aus, wie solches in dem Gesetze formulirt ist, sich gegen die Zulässigkeit des Bauwesens erklären kann. Dies kann geschehen, wenn der Nachbar wirklich Beschwerde erhoben hat. Wenn aber der Beschwerdeführer vor ergangener Entscheidung auf seine Beschwerde, d. h. auf sein subjektives Recht verzichtet oder keine Beschwerde erhebt, d. h. sein Recht nicht geltend macht, so bleibt es bei der Entscheidung des Ministerium des Innern. Es ist also hiemit das Verzichtsprinzip auch in die Anwendung der polizeilichen Vorschriften des Gesetzes eingeführt. Man kann hiegegen sich nicht darauf berufen, daß eine ähnliche Antinomie auch durch die Regelung der Beschwerden in den Verwaltungsinstanzen (bis zum Ministerium des Innern) möglich gemacht sei, da es auch von dem entgegengesetzten Standpunkte aus vorkommen könne, daß eine mit dem Polizeigesetze im Widerspruch stehende Zulassung eines Baues nur aus dem Grunde, weil kein Betheiligter Beschwerde erhebe, zu Recht bestehe. Denn abgesehen davon, daß es eine offene Frage ist, ob die höhere Verwaltungsinstanz nicht auch von Amtswegen zur Wahrung des öffentlichen Interesses gegen ein nach ihrer Ansicht im Widerspruch mit dem Gesetze zugelassenes Bauwesen, wenigstens ehe mit demselben begonnen ist und solange dem Bauenden hieraus kein unmittelbarer vermögensrechtlicher Nachtheil zugeht, einschreiten kann (vergl. Art. 88 Abs. 1), ist in diesen Fällen die Unterlassung einer Beschwerde nicht der Verzicht auf ein Recht, da die Erhebung einer Verwaltungsbeschwerde kein Recht des Beschwerdeführers voraussetzt (vergl. Art. 86 und 89).

Nach diesen allgemeinen Erwägungen dürfte wenigstens die Folgerichtigkeit derjenigen Auffassung nicht abzusprechen sein, welche daraus, daß eine Baubeschränkung unter die polizeilichen und nicht oder nicht auch unter die nachbarrechtlichen Vorschriften aufgenommen wurde, schließt, daß, auch wenn eine solche Vorschrift das Interesse der

Nachbarn berührt, dieſes Intereſſe aber nur ſo und inſoweit als auch das Intereſſe unbeſtimmter Dritter geſchützt werden wollte.

Der legislative Grund, aus welchem der Geſetzgeber es ſehr wohl als überflüſſig erachten konnte, polizeiliche Baubeſchränkungen, auch wenn ſie das Intereſſe der Nachbarn unmittelbar berühren, durch ihre Wiederholung in den nachbarrechtlichen Beſtimmungen zu ſubjektiven Rechten, zu Beſchränkungsbefugniſſen der Nachbarn zu potenziren, ohne deshalb eine neue Art von „öffentlich rechtlichen Nachbarrechten" in die Geſetzgebung einzuführen, liegt nahe. Er konnte davon ausgehen, daß dieſe Nachbarintereſſen inſoweit als ſie wirklich zu ſchützen ſeien, dieſen Schutz in der Einſprache der mit Wahrung des öffentlichen Intereſſes betrauten Polizeibehörde, bei welcher die Nachbarn zur Geltendmachung aller Einwendungen Gelegenheit erhalten, finden, und daß ein weitergehender Schutz, welcher ſtets auch einen Eingriff in das fremde Eigenthum des Bauluſtigen in ſich ſchließen würde, nicht gerechtfertigt ſei.

Dies wird nun gerade von den Vertretern der von dem Geheimenrathe angenommenen Theſis verneint und es iſt nicht zu bezweifeln, daß eine hieran geknüpfte Ausführung vielfache Zuſtimmung findet.

Dieſe Ausführung geht dahin: Es werde, ſo lange das Gegentheil nicht nachweisbar ſei, präſumirt werden dürfen, daß es in der Abſicht der Bauordnung liege, eine rechtsgleiche Behandlung der Bauluſtigen und der Nachbarn eintreten zu laſſen. Der Geſetzgeber habe keinen Grund, denjenigen, welcher bauen wolle, mit einem Vorrechte, dem Vorrechte des richterlichen Schutzes auszuſtatten, gegenüber demjenigen, welcher bereits gebaut habe und ſich im ungeſchmälerten Genuſſe ſeines baulichen Eigenthums geſchützt ſehen wolle. Der Geſetzgeber habe ferner keinen Grund, denjenigen, welcher im gegenwärtigen Augenblick bauen wolle, gegenüber von demjenigen zu begün-

ſtigen, welcher für die Zukunft die Möglichkeit, zu bauen, ſich erhalten ſehen wolle. Dem widerſpreche die Verneinung einer Rechtsbeſchwerde des Nachbars wegen Nichtanwendung polizeilicher Vorſchriften. Wenn A. und B. gleichzeitig bauen wollen und wegen der Anwendung einer Geſetzesvorſchrift über das Maß des gegenſeitigen Abſtandes ſtreiten, ſo könnten auch nach der der Theſis des Geheimenraths entgegenſtehenden Anſicht beide den Adminiſtrativrichter anrufen. Wenn aber A. früher als B. zu bauen und letzterer erſt in einigen Monaten ſein Bauprojekt vorzulegen gedenke, ſo könnte zufolge dieſer Anſicht B. den Verwaltungsrichter nicht anrufen, wohl aber A. Wenn die oberſte Verwaltungsinſtanz zu Gunſten des A. entſcheide, ſo bleibe es dabei, ohne daß B. ſich hiegegen bei dem Verwaltungsrichter beſchweren könne; entſcheide ſie aber gegen B., ſo habe der Adminiſtrativrichter das letzte Wort zu ſprechen [10]. Ueberhaupt habe der Geſetzgeber keinen Grund, denjenigen, welcher ſein Eigenthum zum Zweck des Bauens verwenden wolle, zu begünſtigen gegenüber einem Nachbar, welcher ſein Eigenthum als Hof, Garten, Trockenplatz benützen wolle. Das Bauen ſei vom Standpunkte des Geſetzes kein höherer Zweck, als jede andere wirthſchaftliche Benützung des Grundeigenthums.

Anſchließend hieran fand neben den zwei einander direkt gegenüberſtehenden Anſichten eine dritte mittlere Anſicht in dem Geheimenrathe Vertretung, welche das Prinzip dahingeſtellt laſſend auf folgende Erwägung ſich ſtützte:

Anerkannt ſei durch die oben Nr. 1 mitgetheilte Theſis des Geheimenraths, daß dem Grundeigenthümer, gegen welchen aus den Gründen des Art. 28 die Unzuläſſigkeit eines Bauprojektes von der oberſten Verwaltungsſtelle ausgeſpro-

[10] Dieſe Argumentation würde vorausſetzen, daß durch die Anerkennung der polizeilichen Zuläſſigkeit des von A. beabſichtigten Baues der Beurtheilung der Zuläſſigkeit eines von B. ſpäter beabſichtigten Baues vom polizeilichen Standpunkte aus präjudizirt werden könne; vergl. hierüber unten Note 11.

chen sei, eine Beschwerde hiegegen an den Geheimenrath zustehe. Nun sei es aber andererseits immerhin möglich, daß durch einen Neubau auch das Baurecht des angrenzenden Nachbars unmittelbar berührt werde, da derselbe in Folge der hiemit verbundenen Erschwerung oder Aufhebung der Zugänglichkeit für Feuerlöschzwecke verhindert werden könne, seinen Grund und Boden ebenso, wie im Falle der Unterlassung des Neubaues der Nachbarn, für bauliche Zwecke auszunützen. Durch einen Neubau könne ferner ein schon bestehendes Gebäude größerer Feuersgefahr ausgesetzt, auch können die Rechte auf Leben und Gesundheit Dritter, namentlich der angrenzenden Grundeigenthümer gefährdet werden. In diesen Fällen sei nicht nur ein Interesse, sondern ein Recht, das Recht des Eigenthümers verletzt, wenn die polizeilichen Vorschriften den Bau verbieten. Die gesetzliche Vorschrift des Art. 28 sei daher nicht nur als eine im öffentlichen Interesse, zur Vermeidung von gemeingefährlichen Bränden, sondern auch als eine unmittelbar zum Schutze des anliegenden Eigenthums erlassene Vorschrift zu betrachten, woraus die Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde des betheiligten Nachbars wegen Nichtbeachtung des Art. 28 Abs. 1 von selbst folge.

Von dem Standpunkte des Verfassers aus ist auf diese Ausführungen Folgendes zu erwidern:

Wenn durch einen Neubau der Nachbar in der Benützung seines Eigenthums gestört oder gefährdet wird, so hat er den Schutz hiegegen in den nachbarrechtlichen Vorschriften zu suchen. Wenn er dort den genügenden Schutz nicht findet, so wäre es ein Mangel der Gesetzgebung[11],

[11] In Wahrheit besteht meines Erachtens übrigens ein solcher Mangel nicht. Man wird niemals sagen können, daß ein von den Polizeibehörden nach der Bauordnung für zulässig erklärtes Bauwesen, welchem eine nachbarrechtliche Vorschrift des 10. Abschnitts nicht entgegensteht, eine Verletzung des Nachbareigenthums in sich schließe. Die Regel ist, daß jeder sein Eigenthum frei benützen kann und Beschränkungen müssen bewiesen werden. Ein naheliegender Fall einer möglichen Kollision ist allerdings die Anwendung des Art. 28 Abs. 1,

nicht aber berechtigt es, ihm auf anderem Wege dieſen Schutz verſchaffen zu wollen. Derſelbe befindet ſich in einer andern Lage, als der bauluſtige Eigenthümer der öffentlichen Gewalt gegenüber. Dieſer wird an der Ausübung ſeines Baurechts durch eine Verfügung der öffentlichen Gewalt verhindert, wenn die Polizeibehörde ſein Bauvorhaben für ungeſetzlich und darum unzuläſſig erklärt. Darum iſt er auf den Adminiſtrativrechtsweg zu verweiſen und kann nur auf dieſen verwieſen werden. Der Eigenthümer aber, welcher ſich durch den Bau des Nachbars verletzt erachtet, iſt nicht durch eine Verfügung der öffentlichen Gewalt, ſondern durch die Thätigkeit des Einzelnen,

---

wenn man denſelben dahin auslegt, daß die Zugänglichkeit im Sinne dieſer Vorſchrift auch dann noch vorhanden ſei, wenn nur auf dem Nachbareigenthum thatſächlich, nach den zur Zeit des Baues noch beſtehenden Verhältniſſen, ein Zugang möglich ſei. In dieſem Falle könnte durch Geſtattung eines Baues allerdings der Nachbar, welcher ſpäter bauen wollte, an dem Bauen verhindert werden. Allein wenn dieſe Auslegung des Art. 28 richtig wäre, ſo würde dies eben wiederum ein Mangel des Geſetzes ſein, welcher prinzipiell in der Hauptfrage Nichts ändern könnte. Wenn aber, wie es ſcheint, zur Zugänglichkeit der Nachweis einer Zufahrt auf eigenem Grund und Boden oder eines Zufahrtsrechts auf dem Nachbareigenthum oder durch einen öffentlichen Weg gefordert werden muß, ſo kann jene Kolliſion nicht eintreten und wenn gleichwohl die Polizeibehörde dem A. das Bauen im Hinblick auf den thatſächlichen Zuſtand des Grundſtückes des B. geſtattet hätte, ſo könnte hiedurch das Baurecht des B., ſofern er für ſein Eigenthum die erforderliche Zugänglichkeit hat, nicht beſchränkt oder aufgehoben werden. Dieſe den Ausführungen im Texte wohl hauptſächlich zu Grunde liegende Möglichkeit von Kolliſionen kann daher meines Erachtens auch vom praktiſchen Geſichtspunkt aus ein Beſchwerderecht des Nachbars bis an den Geheimenrath nicht rechtfertigen. Wie bemüht die neue Bauordnung mit Recht war, das Grundeigenthum in ſeiner baulichen Ausnutzung möglichſt unabhängig von dem thatſächlichen Zuſtand des Nachbareigenthums zu machen, ergibt ſich z. B. aus Art. 37 und 38, nach welchen die vorgeſchriebene Entfernung „von der Eigenthumsgrenze“ einzuhalten iſt, damit nicht der Nachbar an der Ueberbauung ſeines Eigenthums durch den früheren Bau ſeines Nachbars verhindert wird.

durch den Bau verletzt. Er steht nicht der öffentlichen Gewalt, sondern dem baulustigen Nachbar gegenüber. Dieser sagt mit Recht, daß, wenn die Polizeibehörde als Vertreterin der öffentlichen Interessen, sein Bauvorhaben in letzter Instanz für zulässig erklärt habe, er nur durch eine privatrechtliche Einsprache noch am Bauen verhindert werden könne, sofern nicht, was auch die Vertreter der Thesis des Geheimenraths nicht annehmen, jeder Dritte oder der Verwaltungsrichter von Amtswegen zur Vertretung des öffentlichen Interesses von dem Gesetze neben den Verwaltungsbehörden berufen ist. Von einer Begünstigung des Baulustigen gegenüber dem Nachbar durch die Verneinung eines Rechts des letztern zur Anrufung des Administrativrichters kann also wohl nicht die Rede sein, da dieser eben, wie gezeigt, in einer andern rechtlichen Lage als jener sich befindet.

Was hiernach mit Folgerichtigkeit sich aus allgemeinen Grundsätzen zu ergeben scheint, dürfte nun aber ferner in den einzelnen gesetzlichen Vorschriften, auf welche schon früher hingewiesen wurde, weitere Bestätigung finden.

Betrachtet man die Vorschriften des Art. 23 betr. die größte zulässige Höhe der Gebäude, Art. 31 betr. die Entfernung neuer Bauten von Waldungen, Lager-, Holz-, Abstoß- und Wasenplätzen, Eisenbahnlinien, Landstraßen, öffentlichen Wassern, Friedhöfen, Art. 46 betr. Anordnungen über das Aeußere von Gebäuden und Verwendung gesundheitsschädlicher Farben beim Anstreichen der Gebäude, Art. 21 Abs. 3 betr. das Vorragen oder Zurücksetzen von Gebäuden oder Gebäudetheilen, Art. 29 betr. ortsstatutarisch festgestellte Abstände und Art. 32 betr. das Bauen außerhalb Etters, so wird man soviel nicht in Abrede ziehen können, daß in allen diesen Fällen das Interesse der Nachbarn gleichmäßig betheiligt ist. Das Hervorragen einzelner Gebäudetheile des Nachbarhauses über die Straßenlinie kann ein Eigenthum durch Entziehung von Aussicht mindestens ebenso sehr benachtheiligen, als die Ueberschreitung

der größten zulässigen Höhe eines Gebäudes. Die Errichtung eines Gebäudes außerhalb Etters kann für die benachbarten Feldgüter ebenso gefährlich sein, als die Errichtung eines solchen in zu großer Nähe von Waldungen oder Holzabstoßplätzen, wobei nicht nur die Feuersgefahr, sondern auch andere Nachtheile in Betracht kommen können. Nun ist in den drei zuletzt genannten Artikeln Alles dem Ermessen der Polizeibehörden überlassen und anerkannt, daß in diesem Falle der betheiligte Nachbar des Baulustigen im Falle der Zulassung des Baues keine Beschwerde an den Geheimenrath hat. Dies ist ganz konsequent, wenn der Nachbar auch in den übrigen oben angeführten Fällen diese Beschwerde nicht hat, wenn m. a. W. die Hinweisung auf das Ermessen der Polizeibehörde der Ausfluß des allgemeinen Gedankens ist, daß die polizeilichen Vorschriften dem Nachbar kein Recht auf Festhaltung geben. Aber eine große Inkonsequenz wäre es, dieses Recht in dem Einen Falle dem Nachbar einzuräumen, im andern nicht. Wenn hiegegen eingewendet wurde, daß man mit demselben Grunde umgekehrt schließen könnte, und eben daraus, daß in dem Einen Fall ausdrücklich die Sache in das endgiltige Ermessen der Polizeibehörde gestellt worden sei, folge, daß der Gesetzgeber dies in dem andern Falle, wo er sich anders ausgedrückt, nicht gewollt, somit das Anrufen des Verwaltungsrichters durch den betheiligten Nachbar zugelassen habe, so ist hierauf zu erwidern, daß sich diese Verschiedenheit der formellen Ausdrucksweise aus der Rücksicht auf das Beschwerderecht des baulustigen Eigenthümers sehr natürlich erklärt, ohne dem Gesetzgeber in diesem Falle eine ungleiche, materiell ungerechtfertigte und darum nicht zu billigende Unterscheidung gleichartiger Fälle unterstellen zu müssen.

Eine entscheidende Bedeutung für die Beurtheilung der Frage wird sodann dem Art. 76 beizulegen sein, welcher eine Dispensation von polizeilichen Bauvorschriften zuläßt, „sofern nicht dadurch dem Rechte oder erheblichen Interessen eines Dritten Eintrag geschieht.“ Es wird

von keiner Seite in Abrede gezogen, daß wenn die betheiligten Nachbarn ein Recht der Beschwerde an den Geheimenrath wegen Nichtbeobachtung unbedingt gebietender oder verbietender Polizeivorschriften haben, dies voraussetzt, daß sie dies nur haben vermöge eines ihnen zustehenden Rechts auf deren Einhaltung. Ebenso ist man darüber einig, daß der Art. 76 von der Dispensation von unbedingt gebietenden oder verbietenden Polizeivorschriften spricht, da es bei andern polizeilichen Vorschriften keiner Dispensation bedarf, um ein Bauwesen für zulässig zu erklären. Daß nun der Art. 76 mit diesen Prämissen nach seinem Wortlaute schlechterdings unvereinbar wäre, ist wohl unbestreitbar. Dispensation von unbedingt gebietenden oder verbietenden Polizeivorschriften ist nur zulässig, wenn dadurch dem Rechte eines Dritten kein Eintrag geschieht. Nun hat aber der Nachbar nach jener Ansicht ein Recht auf Beobachtung aller unbedingt gebietenden oder verbietenden polizeilichen Vorschriften, folgerichtig würde durch jede Dispensation von solchen seinem Rechte Eintrag geschehen. Der Art. 76 hat sonach nur einen Sinn, wenn nicht jede unbedingt gebietende oder verbietende Polizeivorschrift, welche seine Interessen berührt, dem Nachbar ein Recht auf deren Einhaltung gibt, und bei der zu Gunsten von Rechten gemachten Ausnahme an die Privatrechte gedacht wurde. Die ständischen Verhandlungen über die Fassung des Art. 76 lassen darüber auch keinen Zweifel, daß man zunächst an Privatrechte, an Nachbarrechte und privatrechtliche Servituten gedacht hat. Wenn nun aber der Gesetzgeber gleichwohl nicht für nöthig gefunden hat, in den Art. 76 statt des allgemeinen Ausdrucks „Rechte" den beschränkteren Ausdruck „Privatrechte" zu setzen, so kann dies, ohne ihm eine unbegreifliche Gleichgiltigkeit in der Wahl des Ausdrucks zu imputiren, doch nur darin seine Erklärung finden, daß er von der hier vertretenen Annahme ausging, daß den Nachbarn außer gewöhnlichen Eigenthumsbeschränkungen der Regel nach keine Rechte auf Bau-

beſchränkungen aus polizeilichen Gründen zuſtehen. Das entſcheidende Gewicht dieſes Schluſſes kann daher wohl nicht damit beſeitigt werden, daß in den ſtändiſchen Verhandlungen der Schutz von Privatrechten gegen Verletzung durch Dispenſationen betont wurde. Denn einmal erklärt ſich dies eben daraus, daß man keine öffentlichen Nachbarrechte als durch das Geſetz eingeführt, vorausſetzte [12]. Sodann hätte man ſich, wenn man hievon ausgegangen wäre, ſofort ſagen müſſen, daß die Dispenſation keinen Raum habe, oder daß, wenn man ſie gleichwohl zulaſſen wolle, um ſo mehr Grund vorliege, durch eine ſorgfältige Wahl des Ausdrucks, durch die Beſchränkung der Ausnahme auf Privatrechte, der Dispenſationsgewalt den Weg frei zu machen.

Dieſen Erwägungen gegenüber iſt nun allerdings in dem Beſchluſſe des Geheimenraths noch weiter auf den Art. 88 Abſ. 1 und Art. 90 hingewieſen, aus welchem ſich das beanſtandete Beſchwerderecht ergebe und es ſoll nicht

---

[12] Der Abg. Probſt, auf deſſen Antrag die Beſchränkung des Dispenſationsrechts dahin gefaßt wurde: „als nicht dadurch dem Rechte oder erheblichen Intereſſen eines Dritten Eintrag geſchieht", ſprach ſich ganz unzweideutig in dieſem Sinne mit den Worten aus: „Wenn es in dem Entwurfe heißt, daß nicht dem Rechte eines Dritten Eintrag geſchehen dürfe, ſo muß man darunter wohl Privatrechte verſtehen. Es iſt von dem Herrn Vorredner ſchon geſagt worden, es verſtehe ſich von ſelbſt, daß Privatrechte nicht verletzt werden. Allein es ſollen nicht blos Privatrechte, ſondern auch Privatintereſſen Dritter durch Dispenſationen nicht verletzt werden." Offenbar ging alſo der Antragſteller davon aus, daß es außer Privatrechten nur Privatintereſſen, nicht auch ein Drittes, ein öffentliches Nachbarrecht gebe. Aehnlich ſprach ſich auch der Abg. Hölder aus (Verh. der Kammer der Abg. von 1870/72 Prot.-Bd. II. S. 986 und 991). Wenn der damalige Vizepräſident, Abg. v. Sick, ſeinen Antrag, die Worte „erhebliche Intereſſen eines Dritten" aufzunehmen, mit den Worten begründete, „das Recht des Dritten im weitergehenden Sinne zu faſſen, iſt die Abſicht des Antrags", ſo läßt dies allerdings eine andere Auffaſſung zu, ſchließt aber die Auffaſſung im Texte auch nicht aus.

in Abrede gezogen werden, daß die Faſſung dieſer Beſtimmungen ſich mit der Theſis des Geheimenraths vereinigen läßt. Daß dieſelben aber poſitiv für dieſe Theſis ſprechen, dürfte mit gutem Grunde bezweifelt werden.

Der Art. 88 Abſ. 1 beſtimmt:

> Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur von Seiten der betheiligten Nachbarn und Behörden ſind, wenn dieſen ordnungsmäßig (Art. 86) Gelegenheit zur Wahrung ihrer Rechte und Intereſſen gegeben war, ausgeſchloſſen, ſobald das betreffende Bauweſen endgiltig (vergl. Art. 90) geſtattet worden iſt.

Hierin will nun der klare Ausdruck der Anſicht des Geſetzgebers gefunden werden, daß Einwendungen von Nachbarn und Behörden, auch wenn ſie nicht privatrechtlicher Natur ſind, nicht blos auf Intereſſen, ſondern auch auf Rechte ſich ſtützen können.

Angenommen nun auch, dieſer Schluß wäre richtig, daß der Art. 88 Abſ. 1 unter Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur auch die Geltendmachung von Rechten verſtanden habe, welche ſelbſtverſtändlich keine privatrechtlichen Nachbarrechte ſein können, ſo würde doch hieraus nicht folgen, daß eine auf Art. 28 oder irgend eine andere polizeiliche Beſtimmung geſtützte Einwendung die Verfolgung eines Rechtes (eines öffentlichen Nachbarrechts) ſei. Dies wäre erſt noch im einzelnen Fall zu beweiſen. Denn in der früheren Beſprechung der Bauordnung ſind ſolche Fälle angeführt, an welche der Geſetzgeber, wenn unter dem Ausdruck „Recht" auch öffentliche Rechte ſolcher Art zu verſtehen ſind, gedacht haben konnte, ohne in der Annahme von öffentlichen Nachbarrechten über dieſe hinauszugehen [13].

Wenn aber auch der Geſetzgeber aus irgend einem Grunde an dieſe Fälle bei dem Ausdruck „Recht" nicht gedacht hätte oder nicht gedacht haben könnte, ſo würde hieraus der obige Schluß noch immer nicht gezogen werden

---

[13] a. a. O. S. 372—374.

können. Denn die Rechte, von welchen der Art. 88 spricht, und zu deren Geltendmachung den Betheiligten nach Art. 86 Gelegenheit gegeben werden muß, sind unter allen Umständen auch Privatrechte, obwohl über diese die Baupolizeibehörde nicht zu entscheiden hat[14]. Der Art. 88 sagt nicht, daß Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur auf die Behauptung der Verletzung entweder von Rechten oder von Interessen gestützt sein könne. Er sagt vielmehr, wenn den Betheiligten die gesetzlich vorgeschriebene Gelegenheit zur Geltendmachung von Rechten, also jedenfalls auch von Privatrechten und Interessen gegeben worden sei, so seien diejenigen Einwendungen, welche nicht privatrechtlicher Natur seien, nach endgiltiger Gestattung des Bauwesens ausgeschlossen. Wie hieraus folgen soll, daß es auch öffentliche Nachbarrechte gebe, ist nicht wohl abzusehen, auch wenn man darauf kein Gewicht legt, daß in Art. 76 der Ausdruck „Recht" jedenfalls nur Privatrechte bezeichnet.

Was endlich den Art. 90 betrifft, so ist kein Zweifel, daß derselbe direkt darüber, in welchen Fällen Beschwerden nur im Verwaltungswege oder auch im Verwaltungsrechtswege zulässig sind, keine Entscheidung trifft. Von Bedeutung ist aber hiebei doch immerhin die Ablehnung eines von dem Abg. Mohl zu diesem Artikel gestellten Antrags, nachdem derselbe aus dem Grunde bekämpft war, weil nach seiner Fassung hierin die Zulässigkeit einer Rechtsbeschwerde auch Dritter Betheiligter gefunden werden könnte[15]. Wenn auch sofort von dem Abg. Freiherrn v. Ow und dem Abg. Mohl dieser Ansicht widersprochen und eine ausdrückliche Abstimmung über diese Frage nicht herbeigeführt wurde, so folgt doch aus der Ablehnung des Antrags des Abg.

[14] Werden gegen ein Bauwesen Einwendungen vorgebracht, so hat die Bauschau dieselben gehörig zu erörtern und in der Regel in mündlicher Verhandlung bei privatrechtlichen, wie bei andern Einwendungen eine Verständigung der Betheiligten zu versuchen. Schütz a. a. O. S. 326.

[15] Vergl. Schütz a. a. O. S. 330.

Mohl immerhin ſoviel, daß die Kammer der Abgeordneten ſich weder für noch gegen über die mit aller Beſtimmtheit formulirte Frage von der Grenze der Verwaltungs- und Verwaltungsrechtsbeſchwerden ausſprechen wollte. Schon aus dieſem Grunde, übrigens auch ganz abgeſehen hievon wird man für die Bejahung der Zuläſſigkeit einer Rechtsbeſchwerde der dritten Betheiligten nicht geltend machen können, daß andernfalls die betheiligten Dritten, wenn es ſich um ein zur Kompetenz des Miniſteriums des Innern ſtehendes Bauweſen in Stuttgart [16] handle, überhaupt kein Recht der Beſchwerde hätten, während doch der Art. 90 allgemein und ausnahmlos die Möglichkeit einer wenigſtens einmaligen Beſchwerde vorausſetze. Der Art. 90 gibt nur Vorſchriften über die zuläſſigen Beſchwerden, ohne die Vorausſetzung ihrer Zuläſſigkeit zu prüfen oder den Satz aufzuſtellen, daß gegen jede polizeiliche Verfügung mindeſtens eine einmalige Beſchwerde zuläſſig ſei.

Schließlich iſt noch über den Kreis der betheiligten Dritten, welchen zufolge der Begründung der Theſis des Geheimenraths eine Rechtsbeſchwerde wegen Nichtbeobachtung polizeilicher Vorſchriften zuſtehen würde, eine allgemeine Bemerkung anzufügen. Der Wortlaut des angeführten Beſchluſſes und ein Theil der Gründe ſpricht nur von dem betheiligten Nachbar und läßt daher die Frage, ob den in Art. 86 und 88 genannten betheiligten Behörden dieſes Beſchwerderecht an den Geheimenrath zukomme, unentſchieden. Allein auch in der Beſchränkung auf die „betheiligten Nachbarn“ liegt eine Unbeſtimmtheit, welche zwar auf dem polizeilichen Gebiete kein Bedenken hat, aber mit der Annahme von Baubeſchränkungen zum Beſten der Nachbarn, welche hierauf einen öffentlich-rechtlichen Anſpruch haben ſollen, nicht ebenſo leicht zu vereinigen iſt. In dieſem Falle müßte doch der Kreis dieſer Nachbarn, welchen

[16] K. Verordnung vom 12. Febr. 1872 §. 2 Z. 12. Schütz a. a. O. S. 86.

das Gesetz ein solches Recht eingeräumt haben soll, aus dem Inhalte der einschlägigen Baupolizeivorschriften sich bestimmen lassen. Dies ist aber, wie ein Blick auf diese Vorschriften zeigt, nicht der Fall. Auch kann dieser Mangel durch Berufung auf die Art. 86 und 88 nicht ergänzt werden. Denn von jener Annahme ausgegangen kann darüber, wer als betheiligter Nachbar zu betrachten sei, nicht die polizeiliche, an die Einzelnen als solche ergehende Aufforderung zur Geltendmachung etwaiger Einwendungen, sondern nur das objektive Merkmal der Betheiligung entscheiden. Da aber die „Betheiligung" eine ganz verschiedene, eine nähere oder entferntere sein kann, so fehlt es hiebei in Ermanglung einer gesetzlichen Vorschrift an jedem Anhaltspunkte der Abgrenzung. So war es schon vor Erlassung der Bauordnung und ebenso nach derselben bisher feststehender Grundsatz der Polizeibehörden, als betheiligte Nachbarn nur die Besitzer der unmittelbar an den Bauplatz angrenzenden Gebäude oder Grundstücke zu betrachten. Diese Grenze hat aber eine Entscheidung des Geheimenraths vom 11. Mai 1874[17] aufgehoben und es ist hiemit der Kreis der betheiligten Nachbarn ein ganz unbestimmter geworden. Hiemit ist es in Wahrheit ganz dem Ermessen der obersten Administrativ-Justizbehörde anheimgegeben, zu bestimmen, wie nah und wie bedeutend das Interesse eines Nachbars bei einem Neubau sein müsse, um ihm ein subjektives Recht auf Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften zuzugestehen oder nicht, wobei sehr häufig der Grund, aus welchem der „betheiligte Nachbar" auf die Festhaltung einer öffentlich rechtlichen Baubeschränkung dringt und der Zweck, den er damit erreichen will, ein ganz anderer sein wird, als der Grund und Zweck bei Erlassung jener Polizeivorschrift war. Ob dies ein erwünschter Rechtszustand ist, dürfte sehr fraglich sein, zumal wenn man in Betracht zieht, welche Folgen hieraus für den bauluſtigen

[17] Siehe folgende Nummer.

Eigenthümer entstehen können. Der Fall, daß der Geheimerath als oberste Administrativjustiz-Instanz eine von dem Ministerium des Innern ergangene Erklärung der Zulässigkeit eines Baues aus polizeilichen Gründen aufzuheben in der Lage ist, wird sehr selten sein, da die Polizeibehörden im Zweifel stets das öffentliche Interesse zu wahren bereit sein werden und nur in zweifelhaften Fällen, in welchen das öffentliche Interesse sehr wenig mehr in Betracht kommt, wird ein- oder das anderemal auf Grund einer abweichenden Auslegung des Gesetzes eine abweichende Ansicht des Verwaltungsrichters sich geltend machen. Dagegen wird ein Hauptzweck der neuen Bauordnung, das Verfahren in Bausachen abzukürzen, durch die Zulassung einer Beschwerde auch der betheiligten Nachbarn an den Geheimenrath in Frage gestellt und hiedurch sehr leicht das berechtigte Interesse des Eigenthümers, dessen Baurecht das Gesetz anerkennt, benachtheiligt.

Diese Erwägungen, wenn sie auch zur Zeit die oben mitgetheilte Thesis des Geheimenraths nicht in Frage stellen können, werden immerhin dahin führen müssen, daß dieselbe nicht auf andere Fälle ausgedehnt wird, was der Verfasser bei der vorstehenden Ausführung zunächst im Auge gehabt hat.

3) Zulässigkeit einer Beschwerde an den Geheimenrath gegen eine Dispensation von der Vorschrift des Art. 23 der Bauordnung unter Berufung auf Art. 76. Begriff des betheiligten Nachbars im Sinne des Art. 86 der Bauordnung.

Von dem K. Ministerium des Innern wurde der Stadtgemeinde St. die Errichtung eines Realschulgebäudes mit Ueberschreitung der in Art. 23 der Bauordnung festgesetzten Maximalhöhe der Gebäude um 5,9 m. im Wege der Dispensation gestattet. In einer unmittelbar bei dem Geheimenrath eingereichten Eingabe erhoben 4 Besitzer von

gegenüberliegenden Häusern, L. R. und Gen., welche zuvor zwar über die Abänderung der bestandenen Baulinie, aber nicht unter Mittheilung der Baupläne und nicht speziell über das Bauwesen selbst, namentlich seiner Höhe vernommen worden waren, hiegegen Beschwerde, indem sie behaupteten, durch die Zulassung des Baues „in wohlerworbenen, zum Theil sehr alten Rechten und in erheblichen Interessen verletzt zu sein." Auf eine durch das Ministerium des Innern einverlangte Aeußerung der Ortsbauschau darüber, aus welchen Gründen eine Vernehmung der Beschwerdeführer als bei diesem Bauvorhaben betheiligter Nachbarn vor der Abgabe der bauschauamtlichen Aeußerung unterlassen worden sei, wurde von dem K. Ministerium des Innern in Uebereinstimmung mit der Bauschau und dem Gemeinderath bemerkt, daß in der Praxis, wie sie bisher im ganzen Lande geübt und von ihm nicht beanstandet worden sei, als an einem Bauwesen betheiligte Nachbarn regelmäßig nur die Besitzer der unmittelbar an den Bauplatz angrenzenden Gebäude oder Grundstücke, nicht aber auch die Eigenthümer von Liegenschaften auf der dem Bauplatz gegenüber gelegenen Straßenseite betrachtet und behandelt worden seien, welche Auslegung des Art. 86 der Bauordnung nicht nur dem unter der Herrschaft des früheren Rechtes eingehaltenen Verfahren [18], auf welches die Motive zu Art. 86 ausdrücklich Bezug nehmen, entspreche, sondern sich auch mit Rücksicht auf die praktischen Verhältnisse empfehle, da bei einer weiteren Ausdehnung des Kreises der als betheiligt bei einem Bauwesen zu vernehmenden Grundbesitzer eine sichere Grenze kaum zu finden sei und durch die Ausdehnung dieses Kreises eine erhebliche Verzögerung in der Erledigung der Baugesuche eintreten müßte.

Am 11. Mai faßte der Geheimerath hierauf folgenden Beschluß:

---

[18] Rominger, Baupolizeigesetze 5. Auflage S. 42.

Wenn auch bei dem Umstande, daß die Beschwerdeführer, obwohl sie bei der durch Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 13. Januar ausgesprochenen Gestattung der Errichtung eines Realschulgebäudes an der H.-Straße in St. durch die Stadtgemeinde daselbst mit Rücksicht auf die hiemit verbundene Dispensation von der in Art. 23 Abs. 1 der Bauordnung vom 6. Oktbr. 1872 für die Regel festgesetzten Maximalhöhe für das ihren Gebäuden und Bauplätzen nach Südwesten gegenüberstehende Realschulgebäude als betheiligte Nachbarn im Sinne des Art. 86 der Bauordnung anzusehen seien, vor der Gestattung des Baues über das Bauvorhaben nicht vernommen worden seien, die Einwendungen der Exhibenten nicht als nach Art. 88 des Gesetzes ausgeschlossen zu erachten seien, so sei ihre Beschwerde doch, wie hiemit geschehe, in der Erwägung als nicht begründet zu verwerfen, daß die Exhibenten Rechte, welche durch die von dem K. Ministerium des Innern auf den Grund der Art. 76 der Bauordnung ertheilte Dispensation verletzt worden wären, nicht nachgewiesen haben, daß der bei dem Banwesen mit dem Bauplatze und Haus Nr. — betheiligte Pr. S., indem er in seiner Erklärung über die beabsichtigte Aenderung der genehmigten Baulinie an der H.-Straße, obwohl er gegen diese Aenderung mit Rücksicht „auf die große Höhe des projektirten Gebäudes Bedenken gehabt", doch sich dabei beruhigt habe, daß mit dem Bauwesen die gegen die früher festgesetzte Baulinie vorstehende Flucht des alten Magazins eingehalten werde, hiemit jedenfalls anerkannt habe, daß durch das projektirte Gebäude „erhebliche Interessen" desselben nicht verletzt werden, auch das Interesse sowohl des Pr. S. als der übrigen Beschwerdeführer, soweit diese bei dem städtischen Bauwesen betheiligt seien, nach Lage der beiderseitigen Gebäude, Angesichts der Höhe der Straße, an welcher diese stehen, bei der massiven Bauart des Realschulgebäudes, sowie in Beachtung aller jenes Interesse berührenden und beziehungsweise ihm zu Statten kommenden

Umſtände in ſeiner Geſammtheit nicht erheblich im Sinne des Art. 76 der Bauordnung beeinträchtigt erſcheine [19].

---

[19] Dieſer allerdings vor dem unter Nr. 2 mitgetheilten Beſchluß des K. Geheimenraths ergangenen Entſcheidung, wornach nicht allein der Beſitzer eines unmittelbar an das Eigenthum des Bauluſtigen angrenzenden Grundſtückes als betheiligter Nachbar zu betrachten iſt, ſondern auch der Beſitzer eines dem beabſichtigten Neubau gegenüberliegenden Hauſes oder Grundſtückes als „betheiligter Nachbar" wegen Verletzung angeblich „erheblicher Intereſſen" durch Dispenſation von einer polizeilichen Baubeſchränkung ein Beſchwerderecht an den Geheimenrath hat, ſtehen diejenigen Bedenken, welche unter Nr. 2 hervorgehoben worden ſind, gleichfalls entgegen. Ich will hierauf hier nicht zurückkommen. Nur die Eine Bemerkung mag geſtattet ſein, daß die Kontrole, welche zufolge dieſer Entſcheidung dem Geheimenrath als oberſten Adminiſtrativjuſtizrichter über die Handhabung des Dispenſationsrechtes des K. Miniſteriums des Innern nach Art. 76 verliehen iſt, unter den bisher feſtgehaltenen Geſichtspunkt, des Schutzes ſubjektiver Rechte nach den Grundſätzen des öffentlichen Rechtes nicht geſtellt werden kann, da es ſich in Fällen der Erhebung einer Beſchwerde bei dem Geheimenrath wegen Dispenſation nicht um die Verletzung eines Rechts, gegen welches das Miniſterium nicht Dispenſation ertheilen kann, ſondern nur um Fälle der „Verletzung erheblicher Intereſſen" handelt. Hat aber der Geſetzgeber nicht ſo viel Vertrauen zu der oberſten Baupolizeibehörde, um ihr bei Ausübung des Dispenſationsrechts die Beachtung erheblicher Intereſſen Einzelner, auf welche ſie das Geſetz ausdrücklich hinweist, ohne die Kontrole durch eine richterliche Behörde zu überlaſſen und dehnt man andererſeits den Begriff des betheiligten Nachbars ſo, wie in der obigen Entſcheidung geſchehen iſt, aus, ſo hätte der Geſetzgeber konſequenterweiſe noch einen Schritt weiter gehen, nach dem Vorgang der deutſchen Gewerbeordnung die öffentliche Bekanntmachung jedes Bauvorhabens von größerer Bedeutung vorſchreiben (§. 17) und durch eine ausdrückliche Beſtimmung Jedem, welcher Einwendungen erhoben hat, eine einmalige Beſchwerde an eine kollegialiſch geordnete Inſtanz einräumen ſollen. Gegen eine ſolche Popularklage wäre ſchließlich nicht viel einzuwenden, wenn man ſich bei einer folgerichtigen Durchführung der bisherigen Grenzen der Verwaltungsrechtſprechung des Geheimenraths im Hinblick auf den Schutz der Intereſſen der Nachbarn im weiteren Sinn nicht beruhigen zu können glaubt.

4) Zur Frage, ob ein Gebäude als Hintergebäude oder als Anbau eines andern Gebäudes zu behandeln ist. Das Verbot des Hervorragens über die Bauflucht der Vorderhäuser (Art. 21 der Bauordnung) bezieht sich auf die Erweiterung dieser, nicht auf Hinterhäuser. Prozessualische Behandlung eines Baugesuchs in der Rekurs-Instanz, wenn der für dessen Abweisung der vorigen Instanz angeführte Grund von der Rekursbehörde nicht gebilligt wird. Unstatthaftigkeit der Auflage der Wahrung bestimmter Interessen durch Eintrag in die öffentlichen Bücher.

Auf das Gesuch des Fr. Gr. in St. um Erlaubniß zu Erbauung eines Hintergebäudes, welches drei Stockwerke erhalten und im Parterre vom Hofraum aus, in den obern Stockwerken von dem mit ihm in Verbindung stehenden Wohngebäude Nr. 30 an der Fr.-Straße zugänglich sein sollte, sprach sich die Bauabtheilung des Gemeinderaths sowohl mit Rücksicht auf die Stellung des beabsichtigten Gebäudes als Hintergebäude zur Sch.-Straße, wie als Hintergebäude zur Fr.-Straße für Ablehnung aus, hatte jedoch in Anwendung des §. 57 der Vollziehungsverfügung zur Bauordnung die Ertheilung des polizeilichen Erkenntnisses der Stadtdirektion überlassen, weil die Gemeinde als Nachbarin bei der Frage betheiligt war. Die Stadtdirektion wies das Baugesuch wegen Vorragens des Gebäudes über die Flankenflucht des an der Fr.-Straße stehenden Nachbargebäudes und für den Fall des Zurückrückens gegen die Sch.-Straße wegen fehlenden Raumes zur Errichtung eines entsprechenden Vorderhauses und wegen mangelnder Zugänglichkeit mit Feuerlösch- und Rettungsanstalten ab. Auf erhobene Beschwerde wurde das Gesuch auch durch Entscheidung des Ministerium des Innern vom 7. Okt. 1874,

jedoch nicht aus den von dem Gemeinderath und der Stadtdirektion hiegegen geltend gemachten Gründen, sondern ausschließlich aus der Erwägung abgewiesen, daß das beabsichtigte Gebäude nicht als selbstständiges Hintergebäude, sondern als Flügelanbau des bestehenden Wohnhauses an der Fr.=Straße anzusehen sei und daß es in diesem Falle unzuläßig sei, den beabsichtigten Anbau auf der Südseite um 3′ über das Vordergebäude vorzurücken. Auf erhobene Beschwerde beschloß der Geheimerath am 16. Jan. 1874 in Betracht, daß das Gebäude, welches Fr. Gr. zu errichten beabsichtige, vermöge seiner Konstruktion und Bestimmung nicht als eine bloße Erweiterung des Wohnhauses Nr. 30 an der Fr.=Straße, sondern als selbstständiges Gebäude, sonach als Hintergebäude zu betrachten sei, der Entscheidung vorgängig das K. Ministerium des Innern um gef. Aeußerung darüber zu ersuchen, ob dem beabsichtigten Neubau, abgesehen davon, daß derselbe auf der Südseite um 3′ über die Baulinie des Hauses Nr. 30 an der Fr.=Straße vorgerückt werden wolle, polizeiliche Bedenken entgegenstehen und bejahendenfalls, welches diese Bedenken seien [20]. Nachdem über die hierauf von dem Ministerium des Innern geäußerten weiteren baupolizeilichen Bedenken eine Erklärung des Rekurrenten abgegeben und eine weitere

---

[20] Diese prozessualische Behandlung ist beachtenswerth. Es ist einleuchtend, daß wenn in der Instanz, deren Entscheidung im Rekurswege angefochten ist, ein Baugesuch aus einem bestimmten Grunde als mit dem Gesetze unvereinbar abgewiesen wurde, hieraus nicht gefolgert werden kann, daß dem Baugesuch nicht noch weitere gesetzliche Gründe entgegenstehen. Die Rekursbehörde (in dem vorliegenden Fall der Geheimerath), welche den in der vorhergehenden Instanz angeführten Abweisungsgrund nicht billigt, kann sich nun aber nicht auf eine Verwerfung dieses Grundes beschränken, da sie darüber zu entscheiden hat, ob der Rekurrent zu bauen berechtigt ist. Wenn weitere baupolizeiliche Bedenken vorliegen, deren Geltendmachung zunächst Sache der Baupolizeibehörden als solcher ist und zu deren Geltendmachung daher denselben, wie im obigen Falle geschehen, Gelegenheit zu geben zweckmäßig erscheint, fragt es sich, ob die Sache

Aeußerung hierüber von dem K. Miniſterium des Innern eingegangen war, wornach ſich der Rekurrent zur Ausführung ſämmtlicher zu Beſeitigung jener Bedenken geſtellten Anforderungen mit einer unten bemerkten Ausnahme verpflichtet hatte, wurde durch Beſchluß des Geheimenraths vom 23. März 1874 erkannt, daß die Entſchließung des Miniſteriums des Innern vom 7. Oktober 1873 abzuändern und der Rekurrent für berechtigt zu erkennen ſei, das von ihm beabſichtigte Gebäude unter den in Ziff. 1—6 bezeichneten Bedingungen und Modifikationen zu errichten. Das Miniſterium wurde erſucht, hievon dem Fr. Gr. Eröffnung machen zu laſſen und das Weitere in der Sache einzuleiten. Dieſe Entſcheidung wurde mit Folgendem begründet: Der Verfügung des Miniſteriums des Innern, durch welche das Baugeſuch abgewieſen worden ſei, liege die Erwägung zu Grunde, daß das beabſichtigte Bauweſen nicht als ſelbſtändiges Hintergebäude, ſondern nur als Flügelanbau des ſchon beſtehenden Wohnhauſes zu betrachten und daß demgemäß es unzuläßig ſei, den beabſichtigten Anbau auf der Südſeite um 3′ über das Vordergebäude vorzurücken. Nun ergebe ſich aber aus dem vorgelegten Plane, daß das beabſichtigte Gebäude vermöge ſeiner Konſtruktion und Be-

---

zur Entſcheidung an die vorhergehende Inſtanz zurückzugeben iſt. Wie aus der obigen Mittheilung hervorgeht, hat der Geheimerath die Sache nicht zurückgegeben. Die wünſchenswerthe Klarheit für das prozeſſualiſche Verfahren in Bauſachen wäre nur zu erreichen, wenn die polizeiliche Thätigkeit von der verwaltungsrichterlichen in der Weiſe gänzlich ausgeſchieden würde, daß die Polizeibehörden (Gemeinderath, Oberamt und Miniſterium des Innern) in denjenigen Fällen, in welchen der Eigenthümer durch ihre Verfügung in ſeinem Baurechte verletzt zu ſein behauptet, und die Anrufung des Verwaltungsrichters ſtatthaft iſt, durch einen Vertreter das öffentliche Intereſſe vor dem Verwaltungsrichter zu wahren haben und daß die Auffaſſung, als wäre die Beſchwerde an das oberſte Verwaltungsgericht gegen die Verfügungen des Miniſterium des Innern eine Art Appellation gegen eine richterliche Entſcheidung desſelben, welche zur Zeit allerdings begründet iſt, geſetzlich aufgegeben würde.

ſtimmung nicht als bloße Erweiterung des Wohnhauſes Nr. 30 der Fr.-Straße, ſondern als ſelbſtſtändiges Gebäude, ſonach als Hintergebäude zu betrachten ſei.“ Es folgt ſodann darüber, daß den weiteren von dem Miniſterium des Innern erhobenen Bedenken dadurch begegnet ſei, daß der Rekurrent ſich bereit erklärt habe, den geſtellten Anforderungen in allen Beziehungen zu genügen, eine Ausführung, welche übergangen werden kann, weil ſie kein allgemeines Intereſſe bietet. Nur Ein Punkt hievon iſt zu erwähnen. Das K. Miniſterium des Innern hatte die Anſicht ausgeſprochen, daß es ſich empfehlen dürfte, um dem ſpäteren Käufer des benachbarten Bauplatzes an der Sch.-Straße Enttäuſchungen zu erſparen, bei der eventuellen Genehmigung des Geſuchs einen Eintrag in das Güterbuch dahin anzuordnen, daß die Rückſeite eines ſpäteren Vordergebäudes zur Sicherung der eigenen Zugänglichkeit und der Erhaltung der genügenden Zugänglichkeit für das in Frage ſtehende Hintergebäude von den letzteren überall um mindeſtens 6 M. abzurücken ſei. Hiegegen komme, iſt am Schluſſe der Begründung bemerkt, in Betracht, daß zu einer ſolchen Anordnung vom baupolizeilichen Standpunkt aus eine Berechtigung nicht vorliege.

5) Feſtſtellung der Entfernung neuer Bauten von Eiſenbahnlinien durch polizeiliche Verfügung im einzelnen Falle in Ermangelung einer ortsſtatutariſchen Vorſchrift nach Maßgabe des Art. 31 der Bauordnung [21].

Durch oberamtlichen Beſchluß vom 3. Febr. und auf erhobene Beſchwerde durch Erlaß des Miniſteriums des Innern vom 20. März 1873 wurde L. L. in C., welcher an der H.-Straße ein neues Gaſthofgebäude zu errichten beabſichtigte, wegen ungenügender Entfernung der Bauſtelle von der Eiſenbahnlinie mit ſeinem Baugeſuch abgewieſen.

[21] Vergl. §. 25 der Vollziehungsinſtruktion und oben S. 229. (In Note 3 S. 230 iſt zu ſetzen Nr. 5, 6, ſtatt 6, 7.)

Ebenso wurde die weitere Beschwerde desselben durch Beschluß des Geheimenraths vom 21. Juni 1873 als unbegründet verworfen, „da nach Art. 31 der neuen Bauordnung vom 6. Oktober 1872 über die Entfernung neuer Bauten von Eisenbahnlinien, soweit ein Ortsbaustatut nicht vorhanden, im einzelnen Falle Bestimmung zu treffen, der Rekurrent somit dadurch, daß in dem ihn betreffenden Falle für die Entfernung eines Neubaues von der an seinem Baugrund vorüberziehenden Eisenbahnlinie eine Entfernung bestimmt wurde, welche die Ausführung seines Bauvorhabens, so wie es angebracht, ausschließt, in einem ihm zustehenden Rechte nicht verletzt sei."

6) Feststellung der für Wohngebäude einzuhaltenden Entfernung von Friedhöfen durch das Ermessen der Polizeibehörden. Art. 31 der Bauordnung.

Durch Verfügung des Oberamts St., welche das Ministerium des Innern auf erhobene Beschwerde durch Bescheid vom 7. August bestätigt hat, wurde dem J. St. in U., O.A. St., das Recht, auf seinem Acker ein Wohnhaus zu errichten, aus gesundheitspolizeilichen Rücksichten versagt, da dasselbe nur 22 m. vom Friedhof entfernt errichtet werden wollte. Durch Beschluß des K. Geheimenraths vom 25. Februar 1872 wurde die hiegegen erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen, „in Erwägung, daß das in dem Grundeigenthum enthaltene Recht des Eigenthümers, auf seinem Eigenthum zu bauen, beschränkt werde durch die für die Zulassung neuer Gebäude maßgebenden polizeilichen Rücksichten, daß die Rücksicht auf die Gesundheit der Menschen die Errichtung von Wohngebäuden in der unmittelbaren Nähe von Friedhöfen nicht als zulässig erscheinen lasse, daß aber das Maß der im einzelnen Falle einzuhaltenden Entfernung durch das polizeiliche Ermessen bestimmt werde."

7) Beschwerde wegen angeordneter Entfernung einer Dunglege. Art. 33 Abs. 2 der neuen Bauordnung. Unstatthaftigkeit einer Beschwerde wegen Verweigerung der nach Art. 33 Abs. 4 zugelassenen Ausnahme von dem Verbot der Anlegung von Düngerstätten an Straßen und öffentlichen Plätzen.

Durch Ministerialverfügung vom 11. Januar 1873 war dem Fuhrmann J. H. und Gen. unter Bestätigung eines oberamtlichen Bescheides vom 5. Februar 1872 die Entfernung einer von ihrem Rechtsvorgänger eigenmächtig an der Zufahrtsstraße zum Bahnhof angelegten Dunggrube aufgegeben worden. Auf die hiegegen erhobene Beschwerde erkannte der Geheimerath am 26. März 1873: In Erwägung 1) daß die erhobene Rekursbeschwerde, soweit sich dieselbe auf den Art. 33 Abs. 2 der neuen Bauordnung stütze, materiell unbegründet sei, sofern schon nach den älteren Bestimmungen (Bauordnung von 1655 Titel „von Zäunen und Hägen wie auch Miststätten und Holzleginnen", K. Dekret vom 15. Nov. 1810) die Anlegung gemauerter Dunggruben an Ortsstraßen in Städten von polizeilicher Zulassung abhängig gewesen und dem Rechtsvorgänger des Rekurrenten die Anlegung der in Frage stehenden Dunggrube gleich bei deren Beginn von der Polizeibehörde untersagt worden sei, der Art. 33 Abs. 2 der inzwischen in Kraft getretenen neuen Bauordnung vom 6. Oktbr. 1872 aber jedenfalls nur solchen Einrichtungen einen gewissen Schutz gegen die Anordnung ihrer Entfernung gewähre, welche zuvor ausdrücklich zugelassen oder geduldet worden seien, die Rekurrenten daher durch die erwähnte Ministerial-Entschließung in einem ihnen zustehenden Rechte nicht verletzt erscheinen; in Erwägung sodann 2) daß besagte Rekursbeschwerde, soweit sie sich auf Art. 33 Abs. 4 [21]a der neuen Bauordnung stütze, sich als unstatthaft darstelle, sofern

[21]a Vergl. oben S. 230 Note 4, wo statt Nr. 8 Nr. 7 zu setzen ist.

dieſes Geſetz zwar die Polizeibehörden ermächtige, von den Vorſchriften des Art. 33 Abſ. 1 unter den in Abſ. 4 bezeichneten Vorausſetzungen Ausnahmen zuzulaſſen, keineswegs aber einen Anſpruch auf eine ſolche Zulaſſung ertheile, ſomit eine Berufung gegen die von der oberſten Polizeibehörde nicht ausgeſprochene Zulaſſung einer ſolchen Ausnahme an den Verwaltungsrichter nicht ſtattfinde, in dieſen Erwägungen ſei die fragliche Rekursbeſchwerde, ſoweit ſich ſolche auf den Art. 33 Abſ. 2 der neuen Bauordnung ſtütze, als unbegründet ab-, ſoweit ſich ſolche aber auf den Art. 33 Abſ. 4 der Bauordnung ſtütze, als unſtatthaft zurückzuweiſen.

8) Abweiſung einer Beſchwerde durch Beſchluß des Geheimenraths ohne materielle Würdigung der in Anwendung des Art. 32 der Bauordnung erlaſſenen polizeilichen Vorſchriften für einen Bau außerhalb Etters.

Dem Bierbrauer B. in T. wurde für die Einrichtung einer Wohnung nebſt Wirthſchaftszimmer in einem außerhalb Etters gelegenen Bierkeller im Intereſſe der Reinerhaltung der ſtädtiſchen Waſſerleitungen verſchiedene Auflagen bezüglich des Baues gemacht, durch welche er ſein Intereſſe und ſein Baurecht verletzt erachtete. Die Rekursbeſchwerde des B. gegen die ihm durch die Entſchließung des K. Miniſteriums des Innern vom 6. Febr. 1873 ertheilten Bauvorſchriften wurde durch Beſchluß des Geheimenraths vom 26. März 1873 als unbegründet abgewieſen, „weil das Miniſterium des Innern bei Ertheilung dieſer Vorſchriften ſich innerhalb der durch den Art. 32 der Bauordnung für die Befugniſſe der Polizeibehörden bei Bauten außerhalb Etters feſtgeſetzten Grenzen bewegt habe und hiernach Rekurrent durch die ihm ertheilten Vorſchriften in einem ihm zuſtehenden Rechte nicht verletzt erſcheine“ [22].

[22] Zufolge dieſer Begründung hat der Art. 32 die Auslegung erhalten, daß eine von der Polizeibehörde in Anwendung des Abſ. 2 ergangene Unterſagung oder Beſchränkung des Baues außerhalb

9) Zur Zuständigkeit des K. Ministerium des Innern, eine von den untergeordneten Baubehörden ertheilten Bauerlaubniß aufzuheben. Abweisung einer gegen die Aufhebung der ertheilte Bauerlaubniß gerichteten Beschwerde durch Beschluß des Geheimenraths auf Grund des Art. 28 Abs. 1. der Bauordnung.

Gegen das von dem Gemeinderath und auf erhobene Beschwerde des Nachbars B. von dem Oberamte genehmigte Vorhaben des E. F. in C., seinen Hofraum durch einen Anbau an sein Wohnhaus zu überbauen, erhob der Nachbar B. im Beschwerdeweg weitere Einsprache bei dem K. Ministerium des Innern, welche er nunmehr auf den Art. 28 Abs. 1 der Bauordnung und §. 23 der Vollziehungsverfügung stützte. Auf Grund eines Gutachtens des Ministerialtechnikers wurde durch Entschließung des Ministerium des Innern vom 17. Juni 1873 dieser Beschwerde stattgegeben und die Genehmigung des F.'schen Bauwesens außer Kraft gesetzt. In der Begründung war

---

Etters der materiellen Prüfung des Geheimenraths als obersten Verwaltungsrichters auch im Falle erhobener Beschwerde des Eigenthümers nicht zu unterstellen, vielmehr für den Verwaltungsrichter maßgebend sei. Zufolge der unter Nr. 1 mitgetheilten, von dem K. Geheimenrathe angenommenen Thesis kann ein Bedenken an der Richtigkeit dieser Auslegung des Art. 32 nicht unterdrückt werden. Der letzte Absatz des Art. 32, wornach „über von Dritten erhobenen Einsprachen die Polizeibehörden entscheiden", läßt sich für jene Auslegung nicht anführen. Wenn die Absicht gewesen wäre, durch den letzten Absatz des Art. 32 die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters zur materiellen Prüfung der in Anwendung des Abs. 2 ergangenen Verfügungen der Polizeibehörden auch im Falle einer Beschwerde des Eigenthümers, der bauen will, auszuschließen, so ist nicht abzusehen, warum dies auf den Fall beschränkt sein soll, wenn von Dritten Einwendungen erhoben wurden und nicht ebenso und noch vielmehr dann Platz greifen soll, wenn von Amtswegen der beabsichtigte Bau außerhalb Etters beanstandet wird. Konsequent und klar ist dieser Schlußsatz nur dann, wenn man supponirt, daß hiebei nur an den

bemerkt, daß zwar der Einsprache erhebende Nachbar, nachdem er erst im vorangegangenen Jahr selbst seine frühere Scheuer vergrößert und zu einem Wohngebäude umgestaltet habe, ohne für genügende Zugänglichkeit zu sorgen, nicht verlangen könne, daß nunmehr der Nachbar durch Nichtüberbauung seines Hofraums diese Sorge übernehme; daß es jedoch bei Ausführung des F.'schen Bauwesens an der nöthigen Zugänglichkeit zu dem projektirten Neubau fehle. In der gegen diese Ministerial-Entscheidung eingereichten Beschwerdeausführung wird in erster Linie die Einwendung erhoben, daß das Ministerium die Beschwerde des Nachbars, insoweit sie dessen eigenes Interesse berühren, für unbegründet erklärt habe und folgerichtig zu einer Abweisung derselben habe gelangen müssen, woraus folge, daß es zur Aufhebung der Bauerlaubniß nicht kompetent gewesen sei, da das Ministerium nicht von Oberaufsichtswegen in die von der Gemeindebehörde und dem Oberamte innerhalb ihrer Zuständigkeit gefaßten Beschlüsse in Bausachen eingreifen könne. In der Sache selbst wird zu

---

Fall der Erhebung einer Beschwerde des widersprechenden Dritten gedacht wurde, was allerdings in der Fassung des Gesetzes keinen Ausdruck erhalten hat. In dieser Beschränkung enthält aber dieser letzte Absatz nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes auf den einzelnen Fall (vergl. meine Ausführung in Bd. XV. dieses Archivs S. 369 u. ff. und oben S. 253 u. ff.) Wenn aber auch für den Fall, daß der bauluſtige Eigenthümer Beschwerde an den Geheimenrath erhebt, nach der obigen Entscheidung des Geheimenraths die Verfügung der Polizeibehörde der materiellen Prüfung des Verwaltungsrichters (Geheimenraths) nicht unterstellt werden kann, so steht diese Ansicht jedenfalls mit der bezüglich der Auslegung des Art. 28 (Nr. 1 dieser Mittheilungen) angenommenen Thesis nicht im Einklang und die Bedeutung des Art. 32 wäre in Wirklichkeit, daß die Baupolizeibehörden, sofern sie sich nur auf eine der in Abs. 2 berührten allgemeinen Rücksichten berufen, das Bauen außerhalb Etters, wie vor der neuen Bauordnung verbieten könnten, ohne daß das im Prinzip durch Abs. 1 des Artikels anerkannte Baurecht außerhalb Etters bei dem Verwaltungsrichter Schutz finden könnte, vergl. oben S. 230. (In Note 5 ist Nr. 8 statt Nr. 9 zu setzen.)

zeigen versucht, daß die feuerpolizeilichen Rücksichten des Art. 28 Abs. 1 durch das Bauwesen nicht verletzt werden. Durch Beschluß vom 26. Juli 1873 wies der Geheimerath die Beschwerde als unbegründet aus folgenden Erwägungen ab: das K. Ministerium des Innern habe seine Verfügung vom 17. Juni 1873 auf die von dem Nachbar V. gegen die ertheilte Bauerlaubniß erhobene Beschwerde erlassen. Diese Beschwerde sei darauf gestützt, daß das projektirte Bauwesen mit der Vorschrift des Art. 28 der Bauordnung und dem §. 23 der Vollziehungsverfügung im Widerspruch stehe. Ganz abgesehen mithin von der Frage, ob das K. Ministerium des Innern vermöge seines Aufsichtsrechts in Baupolizeisachen eine von den zuständigen, ihm untergeordneten Baupolizeibehörden ertheilte Bauerlaubniß von Amtswegen außer Wirkung setzen könne oder nicht[23], sei dasselbe zu der ergangenen Verfügung als oberste Verwaltungsbehörde in Folge der bei derselben von einem betheiligten Nachbar erhobenen Beschwerde nach Maßgabe des Art. 88 und 90 der Bauordnung zuständig gewesen, woran der Umstand Nichts ändere, daß das Ministerium ausgesprochen habe, der Beschwerdeführer könne nicht verlangen, daß der Nachbar durch Nichtüberbauung seines Hofraums die Fürsorge für die Zugänglichkeit zu seiner von ihm selbst aus der früheren Scheuer für Woh-

[23] Der Geheimerath hat sich in diesem, wie in den unter Nr. 10 und 11 mitgetheilten Fällen darüber nicht ausgesprochen und nicht auszusprechen gehabt, ob in dem Oberaufsichtsrecht des K. Ministerium des Innern das Recht enthalten ist, von Amtswegen Bauverfügungen der ihm untergeordneten Behörden als mit dem Baugesetze in Widerspruch stehend aufzuheben. Man wird diese Frage in Anwendung der bestimmten Vorschrift des Art. 88, zumal nach den ständischen Verhandlungen über diesen Artikel (Bizer a. a. O. S. 687 bis 706) dann jedenfalls verneinen müssen, wenn eine Beschwerde gegen die ertheilte Bauerlaubniß binnen der gesetzlichen Fristen des Art. 90 nicht erhoben und ausgeführt ist, da in diesem Falle das Bauwesen „endgiltig" gestattet ist. Wenn jedoch unter Wahrung der Rekursfristen Beschwerde erhoben ist, so ist die Sache jedenfalls in dem Umfang, in welchem sich die Einsprache des betheiligten Nach-

nungszwecke umgewandelten Gebäude übernehme, da der betheiligte Nachbar nach Art. 90 der Bauordnung, auch wenn er nur ein Interesse verfolge, ein Beschwerderecht bis zur höchsten Verwaltungsinstanz habe. In der Sache selbst könne der Beschwerdeführer als in einem Rechte verletzt nicht erachtet werden, da das Baurecht nach Art. 1 und Art. 28 der Bauordnung durch die Vorschrift der Belassung des für die Feuerlösch- und Rettungsanstalten erforderlichen Raums und der entsprechenden Zugänglichkeit beschränkt sei.

10) Grenze der Zuständigkeit des K. Ministerium des Innern zur Abänderung einer die Bauerlaubniß innerhalb ihrer Zuständigkeit ertheilenden Verfügung der Gemeindebehörden und Oberämter. Einfluß der Beschwerde des betheiligten Nachbars hierauf. §. 2 Ziff. 1 der K. Verordnung vom 16. Dez. 1872. Verbot des Baues mit Fachwerk gegen die Vorschrift des Art. 37 der Bauordnung.

Zufolge Baugesuchs vom Febr. 1873 beabsichtigte der Kaufmann C. S. in St. sein bis dahin zweistockigtes Wohnhaus in der H.-Straße um zwei weitere Stockwerke

---

bars bewegt, an das Ministerium erwachsen. Dabei kann, will man nicht in unlösbare Schwierigkeit gerathen, die Art der Begründung der Einsprache, des näheren oder entfernteren Interesses des Nachbars nicht zum Anhaltspunkte für die Zuständigkeitsgrenze gemacht werden. Wie der Civilrichter von Amtswegen die Rechtssätze anzuwenden hat, soweit er nicht ultra petitum geht, so auch die Baubehörden bei der Beurtheilung der Einsprache und Beschwerde der Nachbarn. Allerdings ist hiemit die Wahrung des öffentlichen Interesses, der baugesetzlichen Vorschriften dem betheiligten Nachbar, soweit es sich um das Eingreifen der Aufsichtsbehörden handelt, überlassen. Es kann also diese Wahrung des öffentlichen Interesses durch Zurücknahme der Beschwerde vor der Entscheidung, welche vielleicht aus eigennützigen Motiven erfolgt, unmöglich gemacht werden. Es kann sogar, wenn die abändernde Verfügung ergangen ist, durch ein

zu erhöhen und die Umfassungsmauern aus Fachwerk herzustellen. Auf zwei Seiten ist das Haus unmittelbar an das Nachbarhaus und Hintergebäude angebaut, auf der dritten Seite befindet sich zwischen dem Nachbarhaus des H. W. und dem Hause des baulustigen C. S. eine dem ersteren gehörige 10′ breite Einfahrt. Die Grundmauer des Hauses steht auf der Untermark. Die Bauabtheilung des Gemeinderaths hatte unter der Bedingung der Einhaltung der Baupläne die Ausführung des Baues aus Fachwerk unter der Voraussetzung, daß die Stockwände nur mit Stein in den Riegelfeldern ausgemauert und an der äußeren Seite verblendet werden, gestattet. Der Nachbar H. W. erhob hiegegen Beschwerde, in welcher er ausführt, daß er die Einfahrt zu überbauen beabsichtige und die mit Herstellung einer Wand aus Fachwerk auf der Seite gegen sein Haus verbundene Feuersgefahr betonte. Die Stadtdirektion bestätigte den gemeinderäthlichen Beschluß, da

---

erneuertes Baugesuch, wenn sich die früheren Instanzen an die Ministerialentscheidung nicht binden und der Nachbar wegen Unterlassung einer Beschwerde abgefunden ist, die ergangene Entscheidung wieder wirkungslos gemacht werden. Allein diese äußersten Konsequenzen, auch wenn sie bedenklich erscheinen, ändern an dem Gesetze Nichts, für dessen Grundauffassung sich immerhin anführen läßt, daß die Wahrung des Gesetzes den zu Ertheilung der Bauerlaubniß vom Gesetze für befähigt erkannten und deshalb berufenen Behörden zugetraut werden muß, ohne daß sie der Kontrole einer höheren Behörde von Amtswegen unterstellt werden und daß es vollkommen genügt, nach Analogie der Popularklagen als weitere Wächter des Gesetzes die Nachbarn in der Art zu berufen, daß, wo diese aus welchen Gründen immer sich nicht zu weiterer Verfolgung ihrer Einsprache aufgefordert finden, die Entscheidung endgiltig feststeht. Wollte der Gesetzgeber dies nicht, so hätte er die Ertheilung der Bauerlaubniß anderen Behörden übertragen oder die vorgängige Prüfung und Genehmigung der höheren Behörde ausdrücklich vorbehalten müssen. Selbstverständlich ist aber hiedurch ein Einschreiten der Polizeibehörden im öffentlichen Interesse außerhalb des Verfahrens in Bausachen vermöge der Grundsätze über Expropriationen nicht ausgeschlossen.

durch die in St. in Geltung ſtehenden ortsſtatutariſchen Vorſchriften die Ueberbauung der Einfahrt ausgeſchloſſen ſei und deshalb die Ausführung der verlangten maſſiven Umfaſſungsmauern nicht geboten erſcheine (Art. 38 der Bauordnung). Auf die weitere von dem Nachbar G. W. erhobene Beſchwerde an das K. Miniſterium des Innern erkannte dieſes durch Erlaß vom 17. Juni 1873 in Anwendung des Art. 37 der Bauordnung, daß der Beſchwerde entſprochen und die Genehmigung des S.'ſchen Baugeſuchs außer Kraft geſetzt werde. Nun erhob der bauluſtige Eigenthümer S. rechtzeitig Beſchwerde an den Geheimenrath, zu deren Begründung derſelbe in erſter Linie ausführte, daß das Miniſterium des Innern zur Abänderung der gemeinderäthlich ertheilten Erlaubniß formell nicht befugt geweſen ſei. Das Aufſichtsrecht des Miniſterium des Innern involvire nicht die Befugniß desſelben, eine innerhalb der Kompetenz ertheilte Bauerlaubniß der zuſtändigen Behörde aufzuheben. Das Miniſterium des Innern ſei nur innerhalb der Grenze der von einem Nachbar erhobenen Beſchwerde, ſoweit es ſich um Wahrung der Intereſſen dieſes Nachbars handle, zur Abänderung zuſtändig. Eine weitergehende Befugniß, welche die von dem Geſetze ſelbſt in Art. 81 beſtimmten Kompetenzen der Gemeinde- und Bezirkspolizeibehörden in Frage ſtellen würde, habe durch die K. Verordnung vom 16. Dez. 1872 dem Miniſterium des Innern nicht eingeräumt werden können. Der §. 2 dieſer Verordnung, welcher beſtimme, daß dem Miniſterium des Innern die Oberaufſicht über die Handhabung der Baupolizei durch die Gemeinde- und Bezirksbehörden zuſtehe, müſſe nach der bezeichneten Grenze hin reſtriktiv ausgelegt werden. Sofern nun das Miniſterium ſelbſt anerkenne und ausſpreche, daß auf der Seite gegen das Haus des Nachbars W. der für die Zulaſſung des Fachwerkes nach Art. 37 der Bauordnung erforderliche Abſtand von Nebengebäuden wegen der ortsſtatutariſchen Unüberbaulichkeit der Einfahrt geſichert ſei und daher auf dieſer Seite die von dem Nachbar ver-

langte Brandmauer nicht vorgeschrieben werden könne, sei das Ministerium des Innern durch seine Entscheidung über die durch die Interessen des beschwerdeführenden Nachbars gezogenen Grenzen hinausgegangen und insofern sei seine Entscheidung mit dem Gesetze unvereinbar. Auch in der Sache selbst wurde namentlich unter Bezugnahme auf Art. 17 der Bauordnung die Gesetzmäßigkeit der Verfügung gleichfalls bestritten. Der Geheimerath faßte hierauf am 26. Juli 1873 den Beschluß, daß die Beschwerde als unbegründet abzuweisen sei, aus folgenden Erwägungen: Die Entscheidung des Ministerium des Innern sei auf Grund einer von dem Nachbar W. erhobenen Beschwerde erfolgt. Diese Beschwerde habe zwar in erster Linie das Interesse des Nachbars an dem Massivbau der gegen sein Haus gekehrten Umfassungswand des Hauses des Rekurrenten betont. Sie habe sich aber hierauf nicht beschränkt. Vielmehr habe der Nachbar W. gegen das ganze Bauvorhaben Einwendung, bezw. Beschwerde erhoben und insbesondere sein Interesse auch als durch die Gestattung des Fachbaues gegen die Waschküche des Nachbars R. gefährdet bezeichnet. Es könne nun nicht bezweifelt werden, daß derselbe als Nachbar bei den Vorschriften über die Konstruktion nicht nur der seinem Hause zugekehrten, sondern auch der nordwestlichen und nördlichen Umfassungsmauern mit seinem Interesse unmittelbar betheiligt sei. Ueberdies beschränke der Art. 88 und der Art. 90 der Bauordnung das Einsprache- bezw. Beschwerderecht der „betheiligten Nachbarn" nicht durch die Unterscheidung zwischen einem näheren oder entfernteren Interesse und insbesondere nicht auf bestimmte Gründe der erhobenen Einsprache, sofern dieselben nicht privatrechtlicher Natur seien. Hiernach sei die bei dem K. Ministerium des Innern eingereichte Beschwerde des W. auch in ihrer allgemeinen Richtung gegen das S.'sche Bauvorhaben nicht als formell unstatthaft zu erachten und nach Maßgabe des Art. 90 der Bauordnung das Ministerium des Innern zur Erlassung der

ergangenen Verfügung unzweifelhaft zuständig gewesen, wobei die Frage, welche Befugnisse dem K. Ministerium des Innern in Ermangelung einer Beschwerde nach Maßgabe des §. 2 Ziff. 1 der K. Verordnung vom 16. Dez. 1872 betr. die Zuständigkeit der Regierungsbehörden in Baupolizeisachen zustehen, unerörtert bleiben könne. In der Sache selbst erscheine der Rekurrent aus den von dem K. Ministerium des Innern angeführten Gründen durch die Entscheidung vom 17. Juni 1873 als in einem Rechte nicht verletzt.

11) Abweisung der Beschwerde gegen eine den Bau eines Hinterhauses auf Grund des Art. 28 der Bauordnung versagende Ministerial-Entscheidung durch einen dieselbe materiell bestätigenden Beschluß des Geheimenraths. Statthaftigkeit der Rekursanmeldung bei dem in erster Instanz entscheidenden Oberamt auch im Falle der Eröffnung der Entscheidung durch die Ortsbehörde. Art. 9 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855.

Gegen das Bauvorhaben des Fr. S. von B., welcher ein 2 Stock hohes, 11,46 m. langes und 8,59 m. breites Hintergebäude mit Schlosserwerkstätte in Entfernungen von 0,8 und 1,0, 3,4 und 2,8, 0,2 und 1,6 m. von den Nachbargrenzen und von 3 und 3,5 m. von seinem eigenen Hintergebäude zu errichten beabsichtigt, wurde von dem Nachbar W. unter Anführung, daß er hiedurch in der Benützung der Wohnräume seines an der Straße stehenden Gebäudes wesentlich beeinträchtigt würde, und daher genöthigt sei, in jedmöglicher Weise gegen das Bauwesen zu protestiren, die Einwendung erhoben, daß eine Bestimmung des städtischen Baustatuts vom 17. Sept. 1842 demselben entgegenstehe. Auf Grund der Aeußerung der Bauschau, daß sich ein besonderes Hinderniß in polizeilicher Beziehung gegen das Bauvorhaben nicht ergeben habe und

die von dem Nachbar angeführte baustatutarische Vorschrift auf diesen Fall keine Anwendung finde, sowie auf Grund der Aeußerung des Gemeinderaths, daß er gegen das Bauvorhaben nichts einzuwenden wisse, verwarf das Oberamt die Einsprache des Nachbar W. und genehmigte das Baugesuch unter Ertheilung der von dem Oberamtsfeuerschauer ertheilten Vorschriften. Der Nachbar W. meldete gegen die ihm von dem Ortsvorstand am 26. März eröffnete oberamtliche Verfügung am 31. März den Rekurs an, von welcher Anmeldung auch der Ortsbehörde, jedoch erst am 1. April Anzeige erstattet wurde. Der Rekurs wurde im Wesentlichen ebenso, wie die erste Einsprache, begründet. Das Ministerium des Innern ordnete verschiedene Ergänzungen der Akten an, insbesondere wurde dem Oberamt aufgegeben, näher darzuthun, ob bezw. wie weit bei dem fraglichen Bauwesen die Vorschriften von Art. 28 der Bauordnung und §. 23 der Vollziehungsverfügung genügend gewahrt erscheinen. Durch die weiteren Verhandlungen wurde festgestellt, daß zu der Nord- und Ostseite des Neubaues der Zugang für Feuerlösch- und Rettungsanstalten nur über fremdes Eigenthum möglich wäre, ohne daß dieser Zugang rechtlich für die Zukunft sicher gestellt gewesen wäre. Sodann aber verneinte das in der Ministerialinstanz eingeforderte technische Gutachten die in Art. 28 des Gesetzes geforderte Zugänglichkeit zu dem Neubau wegen der bestehenden Terrainschwierigkeiten und unter Berufung darauf, daß der Zwischenraum zwischen den beiden Hintergebäuden in keinem richtigen Verhältniß zu der Höhe der Gebäude stehe und eine wirksame Entfaltung der Löschanstalten nicht zulassen würde. Hierauf setzte das K. Ministerium des Innern durch Erlaß vom 2. Juni 1874 die oberamtliche Genehmigung des Baues wegen mangelnder Zugänglichkeit des projektirten Neubaues auf Grund des Art. 28 der Bauordnung außer Kraft. In der hiegegen rechtzeitig eingereichten Beschwerdeausführung wurde geltend gemacht, daß 1) die Sache überhaupt nicht an das

K. Miniſterium des Innern erwachſen ſei, weil der Einſprache erhebende Nachbar den Rekurs gegen das oberamtliche Erkenntniß bei der dasſelbe ihm eröffnenden Gemeindebehörde erſt am 1. April angemeldet, ſomit die Anmeldungsfriſt verſäumt habe. 2) Daß das Miniſterium nicht befugt geweſen ſei, von Amtswegen vermöge ſeines Aufſichtsrechtes die von dem zuſtändigen Oberamt ertheilte Bauerlaubniß wieder aufzuheben. 3) In der Sache ſelbſt wird außerdem auszuführen geſucht, daß der Neubau den Anforderungen des Art. 28 Abſ. 1 entſpreche und zur Widerlegung des in der Miniſterialinſtanz abgegebenen Gutachtens ſich auf das entgegenſtehende Gutachten des Oberamtswerkmeiſters berufen, die Einholung eines weiteren Gutachtens und die „Vornahme einer Feuerwehrprobe" beantragt. Am 29. Aug. 1874 faßte hierauf der Geheimerath folgenden Beſchluß: Die Beſchwerde ſei im Weſentlichen aus den Gründen des K. Miniſterium des Innern, insbeſondere auf Grund des Gutachtens vom 19. Juli 1874 als unbegründet abzuweiſen. Wenn der Rekurrent das Erkenntniß des K. Miniſterium des Innern aus dem Grunde angefochten, weil der Nachbar W. ſeine Beſchwerde nicht rechtzeitig angemeldet habe und das Miniſterium in Ermangelung einer rechtzeitig angemeldeten Beſchwerde zur Aufhebung der von dem Oberamte innerhalb ſeiner Zuſtändigkeit ertheilten Bauerlaubniß von Amtswegen nicht befugt geweſen ſei, ſo ſei hingegen auf die rechtzeitige Anmeldung der Beſchwerde bei dem Oberamte und Art. 7 des Geſetzes vom 13. Nov. 1855 cfd. Art. 90 der Bauordnung zu verweiſen. Die Vorſchrift des Art. 7, daß die Beſchwerde bei dem das Erkenntniß eröffnenden Bezirksamte anzumelden ſei, habe nicht die Bedeutung, daß das Oberamt, in deſſen Auftrage die Eröffnung durch eine andere Behörde erfolge, aufhöre, die zur Annahme der Beſchwerdeanmeldung zuſtändige Behörde zu ſein, wie ſich aus dem letzten Abſatze des Art. 7 auf das Klarſte ergebe. In der

Sache selbst seien die Ausführungen des Rekurrenten nicht geeignet, das von dem Ministerialtechniker abgegebene Gutachten zu entkräften. Vielmehr ergebe sich, ganz abgesehen von der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Zugänglichkeit über fremdes Eigenthum für die Zukunft als gesichert zu betrachten sei, aus den bei den Akten liegenden Planen und Zeichnungen, auf welchen jenes Gutachten beruhe und welche von dem Rekurrenten nicht beanstandet seien, daß 1) der Garten der W. St. um 1 m. tiefer liege als der Hof vor der Nordseite des Neubaues, die von dem Hof des Bauluſtigen aus nicht zu erreichende Nordseite also von dem Garten aus nur mit großen Schwierigkeiten zu erreichen wäre; 2) daß der Zwischenraum zwischen dem bestehenden Hintergebäude und dem Neubau in keinem richtigen Verhältnisse zu der Höhe der Gebäude und insbesondere zu der Höhe des ersteren stehe und daß eine wirksame Entfaltung der Löschanstalten um so weniger möglich sei, als derselbe durch eine 1,3 m. breite Freitreppe verengt werde. Diese auf aktenmäßigen Thatsachen beruhenden Erwägungen seien durch die entgegenstehende Ansicht des Oberamtstechnikers nicht widerlegt und da dieselben auch durch die Einholung eines weiteren Gutachtens oder die angebotene Feuerwehrprobe nicht beseitigt werden können, so habe man sich nicht veranlaßt sehen können, dem hierauf gestellten Antrage des Rekurrenten eine Folge zu geben.

12) Der Eigenthümer hat kein Recht auf ausnahmsweise Gestattung der Ueberbauung der ortsüblich oder ortsstatutarisch vorgeschriebenen Abstände. (Art. 28 Abs. 3, Art. 29 und 95 Abs. 2 der Bauordnung.)

Das K. Ministerium des Innern hat durch Verfügung vom 17. Juni 1873 das Gesuch des Werkmeisters Sch. in Stuttgart um Gestattung der Ueberbauung des Abstandes zwischen seinem und dem Nachbarhause durch ein 4,8 m.

langes und 10,57 m. tiefes Nebengebäude als mit der Vorschrift über die Einhaltung von Abständen im Widerspruch stehend abgewiesen. In der hiegegen an den Geheimenrath erhobenen Beschwerde führte der Beschwerdeführer aus, daß nach den Terrainverhältnissen die Erhaltung dieses Abstandes ohne jeden Vortheil, eher nachtheilig sei, daher gebeten werde, in Erwägung, daß Beschränkungen seines Baurechts durch polizeiliche Vorschriften nicht geboten seien, die Verfügung aufzuheben und den Bau zu gestatten. Der Geheimerath faßte hierauf am 26. Juli 1873 folgenden Beschluß: In Betracht, daß die durch die Normalverfügung des K. Ministerium des Innern vom 19. März 1840 [24] den Stuttgarter Baubehörden ertheilte Weisung, bei der Errichtung von Gebäuden in den neuen Straßen für die Einhaltung eines Abstandes von mindestens 10′ je zwischen zwei Gebäuden Sorge zu tragen, als örtliche Bauvorschrift auch nach Erlassung der neuen Bauordnung vom 6. Okt. 1872, da sie mit derselben nicht im Widerspruch stehe, zufolge Art. 95 Abs. 2 derselben (vergl. Art. 28 Abs. 3 und Art. 29) und §. 3 der Verfügung des Ministerium des Innern vom 26. Dez. 1872 betr. die Vollziehung der neuen Bauordnung insolange in Kraft bleiben, als dieselbe nicht durch eine entgegenstehende Verfügung aufgehoben sei; in fernerem Betracht, daß hiernach der Eigenthümer eines dieser Vorschrift entsprechenden Abstandes ein Recht auf dessen Ueberbauung nicht habe, und daß mithin der Rekur-

[24] An die Stelle dieser Ministerialverfügung für Stuttgart sind nunmehr die Vorschriften §. 42—45 des durch Ministerialerlaß vom 1. Juli 1874 genehmigten Ortsbaustatuts für die Stadt Stuttgart getreten, dessen §. 42 vorschreibt, daß soweit keine der in Ziff. 1 u 2 des §. 42 bezeichneten Ausnahmen zutrifft, zwischen den Vordergebäuden einer und derselben Straßenseite auf die ganze Tiefe der Gebäude ein von Hausgrund zu Hausgrund zu bemessender Abstand von mindestens 2,865 m. einzuhalten ist. Nähere Bestimmungen über die Art der Theilung dieses Abstandes zwischen beiden Nachbarn gibt der §. 44. Der Regel nach soll derselbe auf einer Seite mit 2,3, auf der andern Seite mit 0,565 m. genommen werden.

rent durch die Verfügung des K. Miniſterium des Innern als in einem ihm zuſtehenden Rechte verletzt nicht zu erachten ſei, wird die Beſchwerde abgewieſen.

13) Abweiſung der Beſchwerde gegen eine in Anwendung des Art. 32 der Bauordnung ergangene, die Kamineinrichtung betreffende Bauvorſchrift des K. Miniſterium des Innern.

Die Beſchwerde des Architekt W. von St. gegen eine ihm von dem K. Miniſterium des Innern in Anwendung des Art. 52 der Bauordnung ertheilte Vorſchrift bezüglich der Kamineinrichtung wurde durch Beſchluß des K. Geheimenraths vom 16. März 1874 mit folgender Begründung abgewieſen: Wenn der Art. 52 der Bauordnung in ſeinem zweiten Abſatze bezüglich der Feuereinrichtungen vorſchreibe, „dieſelben ſeien ſammt ihrer Umgebung in feuerſicherer Weiſe herzuſtellen und mit einem Kamine oder einer andern geeigneten Rauchabhaltung in der Art zu verſehen, daß die Nachbarſchaft oder das Publikum nicht durch Rauch und Ruß in erheblicher Weiſe beläſtigt werde", ſo folge aus dem Zuſammenhange, in welchem der Eingang dieſes Abſatzes mit deſſen Schluſſe ſtehe und aus der ganzen Abſicht und Tragweite dieſes Artikels, daß das Erforderniß der Feuerſicherheit, welches das Geſetz aufſtelle, nicht blos auf die Feuereinrichtungen ſelbſt und deren unmittelbare Umgebung, ſondern auf Alles, was mit derſelben in weſentlichem Zuſammenhang ſtehe, insbeſondere auf die zur Ableitung des bei der Feuerung ſich entwickelnden Rauches dienenden Kamine und Rauchleitungen ſich beziehe. Indem aber das Geſetz für die bei Feuerungs- und die mit ſolchen verbundenen Feuereinrichtungen im Intereſſe der Feuerſicherheit zu treffenden Vorkehrungen ſich mit der Aufſtellung eines allgemeinen Grundſatzes begnüge, die Ausführung der Feuerungseinrichtungen aber in Art. 79, ſoweit nicht die Art. 77 und 78 des Geſetzes Platz greifen, von

einem vorgängigen Erkenntniß der zuständigen Baupolizeibehörde abhängig erklären, folge hieraus von selbst, daß die Baupolizeibehörden berechtigt wie verpflichtet seien, die bei Feuerungs- und der mit solchen verbundenen Kamineinrichtungen im Interesse der Feuersicherheit zu treffenden Vorkehrungen insoweit im einzelnen Fall vorzuschreiben, als nicht in dem Gesetze selbst oder in einer zu dessen Vollzug erlassenen allgemeinen Verfügung eine das Erkenntniß der Baupolizeibehörde beschränkende Bestimmung enthalten sei. Wenn deshalb das Ministerium des Innern in seiner Entschließung vom 18. Nov. 1873 in Absicht auf das Bauvorhaben des Rekurrenten unter Ziff. 2 u. 3 vorgeschrieben habe, es seien für die Feuerungen in den Häusern Nr. 59 und 61 der R.-Straße, sofern nicht die früheren Pläne genau eingehalten werden wollen, mindestens zwei Kamine mit einem Gesammtquerschnitt von mindestens 2000 □ cm., nemlich 1500 □ cm. für die 5 Herde und 500 □ cm. für die 5 Oefen aufzustellen, so sei in dieser Anordnung eine unzulässige Ausdehnung der gesetzlichen Befugnisse der Baupolizeibehörden insofern nicht enthalten, als weder das Gesetz selbst, noch die zu Vollziehung der Art. 51 und 52 desselben erlassene Verfügung des Ministerium des Innern vom 26. Okt. 1872 betr. die Herstellung von Feuerungseinrichtungen über diesen Punkt spezielle Vorschriften ertheile. Was aber die materielle Seite der von dem Rekurrenten angefochtenen Verfügung betreffe, so komme in Betracht, daß der von dem Ministerium des Innern seiner Entschließung zu Grunde gelegte Satz, daß für die Lichtweite eines länglich viereckigen unbesteigbaren Küchenkamins ein Querschnitt von je 300 □ cm. für diejenige eines Ofenkamins, eine solche von 100 □ cm. zu Grunde zu legen sei, nach technischen Gutachten und allgemeinen Erfahrungen durch das Erforderniß der Feuersicherheit der Kamine geboten erscheine und daß die Baupolizeibehörde nicht für verpflichtet erachtet werden könne, bei den von ihr zu ertheilenden Vorschriften von solchen

Erfahrungen abzusehen und auf rein theoretische, in ihrer Bündigkeit noch nicht erprobte Ausführungen einzugehen. Der Rekurrent, dessen Kaminanlage dem erwähnten Grundsatze nicht entspreche, sei deshalb durch die betreffende Ministerialentschließung in einem ihm zustehenden Rechte nicht als verletzt zu erachten.

14) Polizeiliche Auflage zur Entfernung eines Abtritts aus Gründen der Gesundheit und des Anstands. Art. 26, 27 u. 35, Art. 17 der Bauordnung. Abweisung der Beschwerde wegen Versäumung der Rekursausführungsfrist.

In dem obern Stockwerke des dem A. Z. und B. Sch. in N. gemeinschaftlich gehörigen Hauses Nr. 8 in N. befand sich zwischen den Wohnstuben der beiden Eigenthümer eine kleinere von dem Z. und eine größere von dem Sch. benützte Küche, in welcher letzterer der von beiden Familien gemeinschaftlich benützte Abtritt in der nächsten Nähe des Herdes stand. Auf Anregung des Oberamtsphysikats wurde von dem Oberamt in Anwendung der Art. 26, 27 u. 35 der Bauordnung aus gesundheitspolizeilichen Gründen und aus Rücksichten des Anstandes die Entfernung dieses Abtrittes angeordnet und diese Verfügung dem Sch. eröffnet, welcher sodann den Abtritt weggerissen hat. Der Miteigenthümer A. Z. stellte hierauf bei der Kreisregierung den Antrag auf Wiederherstellung des Abtritts und wiederholte nach formeller Erledigung dieser an die Kreisregierung gerichteten Eingabe seinen Antrag bei dem Ministerium des Innern, welches denselben mit Verfügung vom 19. Mai verwarf. Diese Verfügung wurde dem Z. am 22. Mai mit vorschriftsmäßiger Rekursbelehrung eröffnet und von ihm am 26. Mai der Rekurs angemeldet. In dem Protokoll über die Rekursanmeldung ist gesagt, der Beschwerdeführer sei „sofort belehrt worden, daß er die Beschwerde binnen 15 Tagen auszuführen habe." Da nun die Beschwerdeausführung erst am 8. Juni einkam,

während die zweite Nothschrift am 6. Juni zu Ende gegangen war, erschien diese als versäumt und es fragt sich, ob nicht durch die bei der Rekursanmeldung ertheilte zweite Belehrung der Beschwerdeführer in den Irrthum versetzt worden war, daß die 15tägige Frist von dem Tage der Rekursanmeldung an laufe und sonach in Gemäßheit des Art. 12 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 wegen unverschuldeter Verhinderung Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründet erscheine. Nachdem durch eine von dem Rekurrenten nicht widersprochene Aeußerung des eröffnenden Beamten dieser Zweifel beseitigt war, erkannte der Geheimerath am 7. Okt. 1874, daß der Beschwerdeführer wegen Versäumung der gesetzlichen Rekursausführungsschrift seines Rekursrechtes verlustig geworden und deshalb mit seiner Beschwerde zurückzuweisen, auch sein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Rekursausführungsfrist bei dem Mangel eines Nachweises unverschuldeter Verhinderung zu verwerfen sei [25].

15) Aufhebung einer die Eintragung polizeilicher Beschränkungen der Grundeigenthümer verfügenden Baupolizeivorschrift.

Von dem K. Ministerium des Innern wurde bei Genehmigung des von dem L. O. in St. vorgelegten Gesuchs um Gestattung der Errichtung eines Doppelwohnhauses durch Erlaß an den Gemeinderath vom 5. Mai 1874 die Vorschrift ertheilt, daß der an der untern Seite des Neu-

[25] Ueber die materielle Frage, ob die ergangene baupolizeiliche Verfügung mit Art. 17 der Bauordnung vereinbar sei, nach welcher die polizeilichen Vorschriften der Bauordnung auf bereits bestehende Bauten und Einrichtungen nur im Fall einer Aenderung oder Reparatur Anwendung finden und durch den Art. 26 Abs. 4, welcher nur von „allgemeinen Verfügungen und Ortsbaustatuten" spreche, sich begründen lasse, sowie darüber, ob abgesehen hievon aus allgemeinen polizeilichen Gründen des Anstandes und der Gesundheit die Verfügung sich rechtfertigen lasse, hatte hiernach der Geheimerath einen Beschluß nicht zu fassen.

baues befindlichen Einfahrt für beide Gebäulichkeiten die Bestimmung einer gemeinschaftlichen Einfahrt zu erhalten und der Bauluſtige hierüber einen Revers auszuſtellen habe, welcher in den Gemeindegüterbüchern vorzumerken ſei. Auf die hiegegen erhobene Beſchwerde faßte der Geheimerath am 22. Juni 1874 folgenden Beſchluß: In Erwägung, daß nach den für die Anlegung und Führung der Gemeindegüterbücher maßgebenden Beſtimmungen, der Verfügung der K. Miniſterien der Juſtiz und des Innern vom 3. Dez. 1852, §§. 14, 16, 19, 24, die Polizeibehörden nicht als berechtigt angeſehen werden können, die Eintragung polizeilicher Beſchränkungen der Grundeigenthümer in die Gemeindegüterbücher zu verfügen, ſei die erwähnte Bauvorſchrift außer Wirkung zu ſetzen, dabei bleibe jedoch dem K. Miniſterium des Innern überlaſſen, die Wahrung entſprechender Zugänglichkeit mit Feuerlöſch- und Rettungsanſtalten zu der Rückſeite des obern Theils des beabſichtigten Doppelhauſes (Art. 28 Abſ. 1 der Bauordnung) in anderer Weiſe ſicher zuſtellen.

16) Abweiſung einer Beſchwerde gegen die Auflage der Entfernung von im Widerſpruch mit der Vorſchrift des §. 39 der Vollziehungsverfügung zu der Bauordnung errichteten Balkonen, vergl. Art. 42 und 78 der Ziff. 2 der Bauordnung.

Mit Eingabe vom 26. Mai 1873 hatte W. H. in St. um die Erlaubniß gebeten, in ſeinem Hauſe an der G.-Straße auf der Rückſeite offene hölzerne Balkone von 3 m. Länge und 1,15 m. Breite auf 3 Stockwerken anbringen, die Erhöhung des Dachgeſimſes vornehmen, gegen die G.-Straße einen ſteinernen Balkon anbringen und Souterrainräume heizbar machen zu dürfen. Das erſte, zur Behandlung von der Bauabtheilung des Gemeinderaths innerhalb ihrer Zuſtändigkeit zu behandelnde Geſuch wurde von dieſer beanſtandet, weil die Balkone nicht den in §. 39 der

Vollziehungsverfügung verlangten Abstand von den Nachbargebäuden haben. Nachdem die Balkone vor Eröffnung einer Beanstandung hergestellt waren, wurde die Entfernung derselben dem W. H. aufgegeben, auch auf dieser Verfügung durch Ministerialentscheidung beharrt. Zu Begründung der gegen diese Ministerialentscheidung erhobenen Beschwerde führte der Rekurrent aus: Die Balkone seien erst, nachdem seit der erfolgten Anzeige des Bauvorhabens mehr als 8 [26] resp. 14 Tage abgelaufen gewesen, hergestellt worden, nachdem auch bei einer am 18. Juni stattgehabten Beaugenscheinigung des Bauwesens seitens des Bauschauamts keinerlei Einsprache gegen die begonnene Arbeit erhoben worden sei. Wenn trotzdem aus Versehen der §. 39 der Vollzugsverfügung nicht beachtet worden sei, so finde dies seine Erklärung darin, daß die hierin getroffene Bestimmung eine viel zu weit gehende sei, wie dieselbe aus diesem Grunde auch in der Kammer der Abgeordneten angegriffen worden sei. Durch Beschluß des Geheimenraths vom 31. Januar 1874 wurde diese Beschwerde mit folgender Begründung abgewiesen: Abgesehen von der Frage, ob nicht aus dem Umstande, daß Rekurrent sein Gesuch um Erlaubniß zu Errichtung der in Frage stehenden Balkone mit dem Gesuch um Gestattung anderer Bauveränderungen an seinem Wohnhause, zu welchem ein bauliches Erkenntniß erforderlich gewesen verbunden habe, zu schließen sei, daß es in seiner Absicht gelegen, auch jenes Gesuch einer förmlichen Kognition der Baupolizeibehörde zu unterstellen, sei derselbe jedenfalls nach Art. 78 der neuen Bauordnung vom 6. Okt. 1872 verpflichtet gewesen, bei Ausführung jener Balkone die bezüglich solcher Bauten bestehenden polizeilichen

---

[26] Nach Art. 78 bedarf die Anbringung oder Veränderung von Erkern, Balkonen, Altanen u. ff., welche 8 Tage vor dem Beginne der Ausführung anzuzeigen sind, keiner ausdrücklichen Erlaubniß; diese Bauten können vielmehr „unter Beobachtung der bestehenden polizeilichen Vorschriften" hergestellt werden, wenn dem Baulustigen das Bauwesen nicht innerhalb 8 Tagen untersagt wird.

Vorschriften zu beobachten, wie er selbst in seiner Rekurseingabe nicht bestreite, stehen aber die von ihm angebrachten hölzernen Balkone im Widerspruch mit der Vorschrift des §. 39 der Vollziehungsverfügung des K. Ministerium des Innern, nach welcher hölzerne Balkone nur insoweit und insolange zulässig seien, als sie mit ihrem äußersten Rande wenigstens 4,5 m. von andern Gebäuden oder Gebäudetheilen abstehen, eine Entfernung, welche bei den in Frage stehenden Balkonen gegenüber von dem an der A.- und G.-Straße gelegenen Gebäude des Rekurrenten nicht eingehalten worden sei.

17) Unzuständigkeit des Geheimenraths zu Ertheilung einer Dispensation von einer von der kompetenten Behörde ertheilten baupolizeilichen Vorschrift. Verlust des Rekursrechtes durch Versäumung der Rekursanmeldungsfrist.

Dem Werkmeister Kl. in Stuttgart wurde bei der am 24. Nov. 1871 erfolgten baupolizeilichen Genehmigung der Errichtung des Doppelgebäudes an der Ecke der L.- und Pr.-Straße mit Rücksicht auf die große Höhe des Neubaues und die beabsichtigte Anbringung von 19 Wohnungen in demselben die Auflage gemacht, die projektirten beiden hölzernen Treppen durch die Aufführung massiver Wände in ihrer Umgebung zu sichern, wozu sich derselbe, um der verlangten Herstellung steinerner Treppen zu entgehen, ausdrücklich verpflichtet hatte. Gleichwohl führte er die Treppen ohne steinerne Seitenwände aus und suchte nun nachträglich die Entbindung von der ihm ertheilten Vorschrift zu erwirken. Mit diesem Gesuch abgewiesen, veräußerte er das Gebäude an 4 Käufer, welche zweimal die Bitte um Belassung der vorschriftswidrig aus Fachwerk errichteten Treppenwände ohne Erfolg wiederholten. Letztmals wurde sie durch Erlaß des K. Ministerium des Innern vom 19. April abgewiesen, da das Ministerium davon ausging, daß massive Treppenwände, wenn sie auch die in ähnlichen

Fällen sonst vorgeschriebene Herstellung steinerner Treppen nicht zu ersetzen vermögen, immerhin einen nicht unerheblichen Schutz gegen Feuersgefahr bieten und daß ein Grund, auf diesen Schutz zu verzichten, nicht vorliege. Gegen diese Verfügung, welche dem Einen der Eigenthümer am 12. Mai, den übrigen nachträglich am 13. Juni mit Rekursbelehrung eröffnet wurde, wurde von dem Ersteren der Rekurs am 19. Mai angemeldet und in einer am 24. Mai eingekommenen Eingabe ausgeführt und Namens der letztern von dem Anwalt des erstern Eigenthümers in einer am 25. Juni dem Bauschauamt übergebenen Eingabe erklärt, daß sie sich dem Rekurs und der Ausführung desselben anschließen. In der Rekursschrift wird die mehrmals gestellte Bitte ausdrücklich als eine Bitte „um Dispensation" bezeichnet, zugleich aber ausgeführt, daß die Aufrechterhaltung der beanstandeten Auflage aus dem Grunde, weil der Erbauer des Hauses sich zu deren Erfüllung verpflichtet habe, von den neuen Erwerbern nicht verlangt werden könne und daß abgesehen von diesem Grunde keine gesetzliche Vorschrift der Auflage zur Seite stehe, da nach dem neuen (damals noch nicht genehmigten) Ortsbaustatut für 4½stockige Häuser, wie das in Frage stehende, weder steinere Treppen noch massive Treppenhäuser verlangt werden[27]. Am 9. Juli 1873 faßte hierauf der Geheimerath folgenden Beschluß: Es sei das im Namen der Beschwerdeführer in der Eingabe vom 19. Mai angebrachte Gesuch um Dispensation von der ihrem Besitzvorfahren ꝛc. ertheilten, ihnen gegenüber durch Entschließung des Ministerium des Innern vom 29. April 1873 beharrten Vorschrift der Herstellung steinerner Wände neben den Treppen als unstatthaft abzuweisen, da abgesehen davon, daß die in Art. 90 der

[27] Nach dem jetzt genehmigten Ortsbaustatut §. 73 sind unverbrennbare Treppen von Stein oder Eisen mit oder ohne Hartholzbelag im Fall eines Neubaues herzustellen 4) in Gebäuden von 5 Stockwerken oder mehr ꝛc., 5) in Gebäuden, in welchen eine einzige Treppe den Zugang zu mehr als acht Familienwohnungen bildet.

Bauordnung vom 6. Okt. 1872 vorgeschriebene Anmeldungsfrist von 5 Tagen versäumt und hiedurch nach Art. 9 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 die Rekurrenten ihres Rekursrechtes verlustig geworden seien, der Geheimerath zu Ertheilung einer Dispensation von einer durch die kompetente Behörde ertheilten baupolizeilichen Vorschrift nicht zuständig sei.

18) Abweisung eines Baugesuchs auf Grund eines nicht in Vorschriften der Bauordnung begründeten öffentlich-rechtlichen Hindernisses[28].

Gegen das Bauvorhaben des C. N. in B., welcher durch einen Anbau an seinem Wohnhause einen bisher unüberbauten Platz überbauen wollte, wurde von Seiten des Gemeinderaths die Einwendung erhoben, daß ein allgemeiner Fußweg in einer Entfernung von 2′ vorüberführe, dessen Benützung durch das Bauwesen unmöglich gemacht würde, weshalb auch die Nachbarn hiegegen Einwendung erhoben. Das Baugesuch wurde aus diesem Grund von dem Oberamt und dem Ministerium des Innern abgewiesen. Zu Begründung der an den Geheimenrath hiegegen gerichteten Beschwerde wurde ausgeführt, daß zwar die Berechtigung des Fußweges nicht in Abrede gestellt werde, daß aber durch Fassung eines Wassergrabens und Bedeckung desselben mit Steinplatten die Erhaltung des Fußweges mit der Ausführung des Bauprojekts vereinigt werden könne. Durch Beschluß des Geheimenraths vom 29. August 1873 wurde die erhobene Beschwerde unter Hinweisung auf die Gründe des Ministeriums des Innern als nicht begründet zurückgewiesen.

[28] Vergl. Schütz, Bauordnung S. 203.

19) Polizeiliches Verbot der Bohrung nach einer Heilquelle zum Schutze einer bestehenden Heilquelle aus Rücksichten des öffentlichen Interesses. Art. 63 und 64 der neuen Bauordnung. Titel von Brunnen, Seite 69 der Bauordnung von 1655. Baupolizeiliche Behandlung der beabsichtigten Bohrung. Art. 16, 78 Ziff. 5, 79 und 81 der neuen Bauordnung[29].

M. B. von L. traf im Jahre 1873 Anstalten, um auf einer von ihm erkauften an der Staatsstraße liegenden Wiese in einer Entfernung von nur 27,8 m. von der im Jahre 1864/66 erschlossenen Therme, welche eine Temperatur von 22½ Grad R. hat, Bohrlöcher zu Eröffnung einer neuen Quelle ohne vorangegangene Anzeige bei der Baupolizeibehörde zu graben. Ueber die gesetzlichen Vorschriften aufgeklärt, reichte er ein Gesuch um polizeiliche Genehmigung bei dem Oberamt ein, welches in Gemäßheit des Art. 16 Ziff. 1, Art. 78 Ziff. 5, vergl. mit Art. 77 Ziff. 4 der neuen Bauordnung, den Gemeinderath für zuständig erachtete und demselben das Gesuch zu diesem Zwecke zugehen ließ, nachdem der von der Ortsbauschau vernommene Besitzer der bestehenden Quelle sich gegen jedes Bohren und Graben an der bezeichneten Stelle verwahrt hatte, da ihm dadurch seine Wasserquelle und Wasserleitung abgeschnitten werden könnte. Gestützt auf ein von dem Medizinalrath M. eingeholtes Gutachten[30], gegen welches sich B. auf ein von ihm beigebrachtes Gutachten des Pr. O. berufen hatte, untersagte der Gemeinderath die Vornahme der beabsichtigten Bohrung, wogegen

[29] Vergl. dieses Archiv Bd. XIV. S. 251.

[30] Auf den technischen Inhalt der im Laufe der Verhandlungen abgegebenen, geologisch interessanten Gutachten näher einzugehen, liegt kein Grund vor, da ihre nähere Kenntniß zur Beurtheilung der Rechtsfrage, soweit sie allgemeines Interesse bietet, nicht erforderlich ist.

B. Beschwerde bei dem Oberamte rechtzeitig erhob. In der Beschwerdeausführung wurde in erster Linie die Zuständigkeit des Civilrichters zur Entscheidung des Streits zwischen B. und dem Besitzer der bestehenden Quelle unter Berufung auf Art. 88 Abs. 2 der neuen Bauordnung darzuthun gesucht, da die Bestimmungen über das Recht, Brunnen zu graben, in Art. 63 und 64 der neuen Bauordnung, also unter den nachbarrechtlichen Vorschriften sich finden [31]. Eventuell wird unter Berufung auf das früher vorgelegte Gutachten zu zeigen gesucht, daß das öffentliche Interesse, der „gemeine Nutzen", ein Verbot der Bohrungen nicht begründen könne, da eine Gefährdung der bestehenden Quelle nicht nachgewiesen und jedenfalls die Erbohrung einer neuen, gleich guten Quelle mit Sicherheit zu erwarten sei. Nach Einholung einer weiteren gutächtlichen Aeußerung von Pr. Fr., welche die Frage, ob die bestehende Quelle durch die beabsichtigte Bohrung gefährdet werde, gleichfalls bejahte, erkannte das Oberamt C. gleichwohl, daß es keinen Grund finde, dem B. die Anlegung eines Schachtes auf seinem Eigenthum behufs Erbohrung einer Quelle zu versagen, demselben vielmehr die Anlegung eines Schachtes auf dem in dem Situationsplan bezeichneten Platze behufs Erbohrung einer Therme unter Abweisung der dagegen aus öffenilich-rechtlichen Gründen erhobenen Einsprachen und unter Verweisung des Besitzers der bestehenden Heilquelle auf den Rechtsweg bezüglich der von ihm erhobenen privatrechtlichen Einwendungen gestattet haben wolle, wobei die Bedingung angefügt wurde, daß die Bohrarbeiten unter technischer Leitung eines dem Oberamt zu benennenden bewährten Sachverständigen vorgenommen, die sonstigen allgemeinen Sicherheitsvorkehrungen, wie sie für die Anlegung von Schachten und deren Verwahrung angeordnet sind, getroffen werden, sowie daß die Fortsetzung der Bohrgeschäfte sistirt und dem Oberamt behufs Einlei-

[31] Vergl. hierüber dieses Archiv Bd. XV. S. 361.

tung des Weiteren Anzeige gemacht und mittlerweile der frühere Zustand soweit möglich wieder hergestellt werde, sobald sich durch die Bohrung für die bereits vorhandene Mineralquelle auf der Markung L. im Ganzen, sei es bezüglich der Ergiebigkeit oder der thermalen Beschaffenheit derselben, ein erheblicher Nachtheil ergeben sollte. Hiegegen erhob der Besitzer der bestehenden Heilquelle Beschwerde an das K. Ministerium des Innern, welcher Beschwerde sich auch der Gemeinderath in L. anschloß, indem er das öffentliche Interesse, welches durch die beabsichtigte Bohrung gefährdet erscheine, wahren zu sollen glaube. Nachdem das K. Ministerium des Innern von Bergrath X. ein weiteres Gutachten eingefordert hatte, welches sich im Wesentlichen dahin aussprach, daß eine Schädigung der bestehenden Quelle in hohem Grade wahrscheinlich, andererseits die Erbohrung einer gleich guten und gleich ergiebigen Quelle mit verminderter Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, wobei namentlich die Gefahr der Vermischung der Heilquellen durch hinzutretendes Tagwasser betont wurde, erging am 22. Juni 1875 folgende Entscheidung des K. Ministerium des Innern:

Auf den weiteren Bericht vom 8. d. M. betreffend die Beschwerde des Badbesitzers R. K. in L. und des Gemeinderaths daselbst wegen der von dem Badbesitzer B. in L. beabsichtigten Anlegung eines Schachtes zur Erbohrung einer neuen Therme, wird dem Oberamt zu erkennen gegeben, daß man diese Beschwerde als begründet erachtet und die dem Badbesitzer B. am 16. Januar d. J. ertheilte oberamtliche Erlaubniß außer Kraft gesetzt haben will. Denn da nach dem in der Ministerialinstanz eingezogenen eingehend begründeten und von den Parteien nicht angefochtenen Gutachten des Bergraths X. in St. als Ergebniß der beabsichtigten Bohrungen einerseits eine Schädigung der Ergiebigkeit der bestehenden Quelle mit hoher Wahrscheinlichkeit in Aussicht zu nehmen und zugleich eine Beeinträchtigung ihrer Wärme und ihres Salzgehaltes zu

befürchten ist, andererseits aber die Erbohrung einer ebenso ergiebigen und ebenso guten neuen Quelle auf dem B.'schen Anwesen nicht nur mit gleicher Wahrscheinlichkeit nicht zu erwarten ist, sondern eventuell auch die Gefahr droht, daß durch die projektirten Bohrungen dem unterirdischen Thermalwasser wilde Wasser zugeführt und hiedurch sowohl die erhoffte neue, als die alte Quelle verdorben werden, so muß die beabsichtigte Vornahme dieser Bohrungen als gegen das öffentliche Interesse der ungeschmälerten Erhaltung der Heilquellen von L. verstoßend erachtet werden und es ist daher in Gemäßheit des durch den Art. 64 der neuen allgemeinen Bauordnung ausdrücklich aufrecht erhaltenen, von Brunnen und Cisternen handelnden Titels der alten Bauordnung von 1655, nach welchem der Eigenthümer eines Grundstückes in dem Rechte, Wasser auf demselben zu graben, durch die Rücksicht auf den gemeinen Nutzen polizeilich beschränkt ist, geboten, dem Badbesitzer B. die erbetene Baugenehmigung, wie dies hiemit geschieht, zu verweigern. — Dem Oberamt wird bemerkt, daß zur baupolizeilichen Kognition über den in Frage stehenden, in unmittelbarer Nähe einer Staatsstraße projektirten Bohrschacht nach Art. 78 Ziff. 5 in Verbindung mit Art. 79 und 81 der Bauordnung in erster Instanz nicht der Gemeinderath in L., sondern das Oberamt berufen gewesen wäre.

Die von B. hiegegen erhobene Beschwerde, zu deren Unterstützung die Beschwerdeführer ein weiteres, mehr die Gestattung der Bohrung empfehlendes, als das in der Ministerialinstanz eingezogene Gutachten nach der Richtigkeit seiner Ergebnisse angreifendes Gutachten des Pr. O. vorgelegt hatte, wurde durch Entscheidung des Geheimenraths vom 18. Sept. 1875 unter Verweisung auf die Gründe des Ministerium des Innern mit dem Anfügen als unbegründet abgewiesen, daß das durch die Aeußerungen des Medizinalraths M. und des Pr. Fr. unterstützte, eingehend begründete Gutachten des Bergr. X., wornach durch die beabsichtigte Bohrung die bestehende Heil-

quelle ohne sichere Aussicht auf die Erbohrung einer neuen gleich guten Heilquelle gefährdet werde, auch durch die neueste gutächtliche Aeußerung des Pr. O. nicht als widerlegt zu erachten, daß hiernach eine nach Wahrscheinlichkeitsgründen vorhandene Gefahr für die bestehende Heilquelle als durch die technischen Gutachten erwiesen zu betrachten sei und dieser Nachweis, wie der K. Geheimerath auch in einer früheren Entscheidung vom 27. Febr. 1839 (Württ. Archiv Bd. XV. S. 257) ausgesprochen habe, genüge, um in Anwendung der nach Art. 64 der neuen Bauordnung aufrecht erhaltenen Vorschrift der alten Bauordnung von 1655, Titel von Brunnen S. 69, das Graben auf Wasser im öffentlichen Interesse polizeilich zu verbieten.

20) Polizeiliches Verbot des zur Irreleitung geeigneten Gebrauchs des Wortes „Apotheker" auf dem Gewerbeschild eines Fabrikanten chemischer Präparate. Abweisung der hiegegen erhobenen Beschwerde durch Beschluß des K. Geheimenraths vom 12. Juli 1875.

Der Fabrikant chemischer Präparate in L., A. Sch., welcher auf Grund der von ihm erstandenen Prüfung zur Besorgung einer Apotheke mit der Befugniß, Lehrlinge anzunehmen, ermächtigt war und in demselben Hause, in welchem er die Fabrikation chemischer Präparate betreibt, früher eine Apotheke verwaltet hatte, die an den W. L. verkauft worden war und seit dem Verkauf in einem andern Lokale betrieben wird, hatte an seinem Hause einen Schild mit der Aufschrift „Apotheker A. Sch." in gothischer Schrift und vergoldeten Buchstaben angebracht. Nachdem er im Jahre 1873/74 wegen unbefugter Arzneimittelabgabe in Uebertretung des §. 367 Ziff. 3 des deutschen Strafgesetzbuchs zu einer Geldstrafe von 20 Thaler verurtheilt worden war, beantragte der Besitzer der berechtigten Apotheke eine amtliche Bekanntmachung dahin, daß jener nicht

berechtigt sei, das Gewerbe eines Apothekers zu betreiben. In Folge des erwähnten Schildes, wurde zu Begründung dieses Antrags gesagt, bestehe allgemein der Glaube, daß in L. zwei Apotheken, eine obere (des L.) und eine untere (des Sch.), bestehen, welche Annahme um so näher liege, als die Gewerbsniederlage des letztern sich in demselben Hause befinde, wo die berechtigte Apotheke früher betrieben worden sei. Auf Grund der aus Anlaß dieses Antrags gepflogenen Verhandlungen machte das K. Oberamt T. durch Verfügung vom 5. Aug. 1874 dem A. Sch. die Auflage, aus seinem gegenwärtigen Gewerbeschilde das Wort „Apotheker" zu entfernen. Die hiegegen erhobenen Beschwerden wurden in allen Instanzen, der K. Kreisregierung, des K. Ministerium des Innern und des K. Geheimenraths, abgewiesen. Der hierüber von dem K. Geheimenrath am 12. Juli 1875 gefaßte Beschluß lautet:

Die Bezeichnung „Apotheker" werde zwar in den Reichsgesetzen und in den darauf gegründeten Vollzugsverordnungen der Reichsorgane, desgleichen in den daran sich anschließenden landesgesetzlichen Vorschriften nicht ausschließlich auf die Besitzer oder Verwalter der konzessionirten Apotheken, sondern auch auf die in der Apothekerkunst geprüften und für den Betrieb des Apothekergewerbes als befähigt erklärten Personen angewendet und es sei deshalb den approbirten Pharmaceuten im Allgemeinen das Recht nicht zu bestreiten, sich im öffentlichen und Geschäftsverkehre, wie auch auf ihren Gewerbeschilden, gleichviel welches Gewerbe sie betreiben, als Apotheker zu bezeichnen.

Allein dieses Recht finde, soweit es sich um Gewerbeschilde handle, eine nothwendige Begrenzung in der Befugniß und Verpflichtung der Medizinalbehörden, dafür zu sorgen, daß die Betriebslokale der konzessionirten Apotheken, auf welche das Publikum nach der bestehenden Gesetzgebung mit seinem Bedarf an Arzneimitteln angewiesen sei, auf eine für Jedermann verständliche Weise äußerlich erkennbar erhalten werden und diese Befugniß und Verpflich-

tung der Medizinalpolizeibehörden sei durch die Reichsgesetzgebung, insbesondere durch die Reichsgewerbeordnung in keiner Weise beseitigt und beschränkt worden, vielmehr sei in §. 6 und §. 29 Abs. 3 des letzteren Gesetzes die fortdauernde Geltung der Bestimmungen über die Errichtung und Verlegung von Apotheken ausdrücklich vorbehalten.

Hiernach sei es auch eine Obliegenheit der Medizinalpolizeibehörden, dagegen einzuschreiten, daß die Inhaber von Gewerbslokalen, welche keine konzessionirten Apotheken sind, sich solcher Gewerbeschilde bedienen, welche geeignet sind, das Publikum oder mindestens die minder kundigen Klassen desselben in den Irrthum zu versetzen, als ob sich daselbst eine konzessionirte Apotheke befinde.

Von solcher Beschaffenheit sei nun der Gewerbeschild des Beschwerdeführers A. Sch. in seiner gegenwärtigen Wortfassung. Denn derselbe laute schlechthin „Apotheker A. Sch." Diese ganz unbestimmte und zweideutige Fassung sei für das Publikum umsomehr irreführend, als früher in dem gleichen Lokal sich lange Zeit hindurch eine konzessionirte, von dem Beschwerdeführer als damaligem Verwalter geleitete Apotheke befunden habe. Auch dem Beschwerdeführer selbst habe schon bisher nicht entgehen können, daß die Fassung seines Gewerbeschildes geeignet sei, das Publikum irre zu führen und es sei der Gebrauch desselben um so auffallender, als seine im Handelsregister am 16. März 1866 eingetragene und bis jetzt daselbst unverändert belassene Firma ganz anders, als sein jetziger Gewerbeschild, nämlich dahin laute: A. Sch., Fabrikation chemisch-technischer Präparate.

Es sei daher der Beschwerdeführer, insofern ihm durch die Verfügung des K. Oberamts T. vom 5. August 1874 die Auflage gemacht worden, aus seinem gegenwärtigen Gewerbeschild die Bezeichnung „Apotheker" zu entfernen, in keinem ihm zustehenden öffentlichen Rechte verletzt und es müsse der Rekurs desselben gegen die Entscheidung des K. Ministerium des Innern vom 23. November 1874,

wodurch seine Beschwerde in dieser Sache abgewiesen worden, auch diesseits als unbegründet verworfen werden.

21) Ueber auf örtlichem Herkommen beruhende Ueberfahrtsrechte. Sind Streitigkeiten hierüber als Verwaltungsstreitigkeiten nach dem Gesetze vom 13. Novbr. 1855 betr. die Rechtsmittel in Verwaltungsjustizsachen zu verhandeln? Die Bebauung eines Ackers als Hopfenfeld schließt die Ausübung eines herkömmlichen Ueberfahrtsrechts in Zeit und Zelg nicht aus.

Nach dem Feldpolizeistatut der Gemeinde B. vom Jahr 1838 wurden die auf der Markung bestehenden Ueberfahrtsrechte dahin geordnet, daß über „die Häupter" zu fahren und das Fahren über „die Anwänder oder die Aecker der Länge nach" zu jeder Jahreszeit bei Strafe verboten sei. Diese Bestimmung war in dem Feldpolizeistatut von 1872, durch welches die Geldstrafen in Thaler umgewandelt wurden, einfach bestätigt. Ein von dem Oberamt einverlangtes Gutachten dreier Sachverständigen sprach aus, daß nach diesem Grundsatz „die Ueberfahrtsrechte im Oberamt B. allgemein geordnet seien". In Anwendung dieser Norm nahm C. R. in B. ein Ueberfahrtsrecht zu seinem seit einigen Jahren in einen Hopfengarten umgewandelten Grundstück Parz.Nr. 2067 in den Stangenäckern, beschränkt auf „Zeit und Zelg", in Anspruch, welches über mehrere Gewände, außer anderen Grundstücken auch über die im Besitze des Anton und Reinhold L. von B. befindlichen Parz.Nr. 2042, 2050, 2034, 1 und 2 führte. Die letzteren bestritten dieses Ueberfahrtsrecht, indem sie die Berechtigung auch für den Fall, daß die Parz.Nr. 2067 als Acker bebaut würde, in Abrede zogen und eventuell behaupteten, daß nach dessen Umwandlung in einen Hopfengarten jede Berechtigung aufgehört habe. Daß der Besitzer der Parz.Nr. 2067 nur über fremde Grundstücke auf dieselbe gelangen konnte, stand fest. Nach längeren

Vorverhandlungen, in welchen auch das oben erwähnte Gutachten eingeholt worden war, welche jedoch im Uebrigen hier übergangen werden können, reichten Anton und Reinhold L. eine Klage bei dem Oberamte ein, in welcher sie davon ausgehend, daß R. „über ihre Aecker keine privatrechtliche Fahrgerechtigkeit, sondern nur einen im Gewandverhältniß begründeten öffentlichen Feldweg beanspruche", die Schlußbitte stellten, „das Oberamt wolle unter Verfällung des Beklagten in sämmtliche Kosten erkennen, es stehe demselben für sein Grundstück Nr. 2067 kein zelglicher Gewandweg über ihre Grundstücke zu, eventuell und in zweiter Linie, es stehe ein solcher Weg dem R.'schen Grundstücke insolange nicht zu, als dasselbe nicht zelglich gebaut, sondern zu einem Hopfengarten angelegt sei." Zum Beweis gegen das Bestehen eines Ueberfahrtsrechts war behauptet, daß der Vater des Beklagten einen Acker gekauft habe, um, wie er gesagt, eine Zufahrt zu der Parz.Nr. 2067 zu haben. Auch war hiefür eine Anzahl von Zeugen benannt und deren Einvernahme beantragt worden. Nach gepflogener Verhandlung fällte das K. Oberamt R., ohne die benannten Zeugen vernommen zu haben, am 20. Febr. 1871 ein Erkenntniß, in welchem es ohne Sportelansatz[32] dem Beklagten den bestrittenen Weg in „Zeit und Zelg" zuerkannte und die Kläger unter Verfällung in die Kosten abwies. Auf erhobene Beschwerde hob jedoch die K. Kreisregierung durch Erlaß vom 9. Mai 1871 diese Entscheidung als nichtig auf, indem sie unter Berufung auf eine Entscheidung des K. Ministerium des Innern vom 17. Dezember 1867 als feststehend annahm, daß Streitigkeiten über derartige Ueberfahrtsrechte nicht als Verwaltungsrechtsstreitigkeiten zu behandeln, vielmehr von den Feldpolizeibehörden als solchen zu erledigen seien und

[32] Dies war jedenfalls nicht konsequent. Das Oberamt konnte seine Zuständigkeit nur als Verwaltungsgericht erster Instanz für begründet erklären.

daß ſonach das Oberamt zur Entſcheidung der Klage nicht zuſtändig geweſen ſei, vielmehr der Gemeinderath als Feldpolizeibehörde in ſeinem Reſſort zu verfügen gehabt habe. Nachdem ſodann der Gemeinderath in B. auf eine an denſelben ergangene Weiſung zu Gunſten des beſtrittenen Ueberfahrtsrechts ſich ausgeſprochen hatte, kam die Sache im Beſchwerdeweg wieder an das Oberamt, welches *im* Weſentlichen die frühere Entſcheidung dahin wiederholte, daß der Parz.Nr. 2067 „nach örtlichem Herkommen das Ueberfahrtsrecht in Zeit und Zelg in der in dem Situationsplan roth eingezeichneten (eben der beſtrittenen) Richtung zuſtehe, übrigens nur in denſelben Zeiten, in welchen dieſe Ueberfahrt auch für die Aecker offen" ſei. Das Oberamt ſtützte in ſeiner ausführlichen Begründung dieſe Entſcheidung im Weſentlichen auf folgende Erwägungen:

1) Die Vernehmung der benannten Zeugen habe man nicht für nöthig erachtet, da ihre Ausſagen für die allein zu erweiſende und zu entſcheidende Frage, welches das örtliche Herkommen ſei, d. h. welches die Regel für die nicht auf privatrechtlichem Titel beruhenden Ueberfahrten auf der ganzen Markung ſei, nicht von Bedeutung ſein könne.

2) Dieſes örtliche Herkommen gehe nach allen Aeußerungen des Gemeinderaths, nach dem Feldſtatut von 1838, welches der höheren Genehmigung nicht bedurft habe und dem Statut von 1872 dahin, daß auf der Markung B. in Zeit und Zelg über die Häupter und nicht der Länge nach zu fahren ſei.

3) Die Einwendung, daß die Parz.Nr. 2067 zu keinem der Gewände gehören, über welche der beanſpruchte Weg führe und deshalb dieſen Weg nicht habe und früher als ein wenig fruchtbarer Rain eine Zufahrt gar nicht nöthig gehabt habe, ſei unbegründet, da das Grundſtück mit ſeiner Herrichtung als Acker in das ortsherkömmliche Zufahrtsrecht eingetreten ſei und eine Zufahrt haben müſſe.

4) Die Bebauung als Hopfengarten ſtehe dieſer Zu-

fahrt, sofern sie sich innerhalb der Beschränkungen der Ackerbewirthschaftung halte, nicht im Wege und die Einwendung, daß eine Kontrole über die Einhaltung dieser Beschränkungen nicht möglich sei, daß thatsächlich das Recht mißbräuchlich zum Schaden der dienenden Grundstücke ausgedehnt werde, ohne daß die Besitzer dieser sich hiegegen schützen könnten, ändere an dem Rechte, in dem Umfang, wie es bestehe, Nichts.

Auf die gegen diese oberamtliche Verfügung von Anton und Reinhold B. ergriffene weitere Beschwerde wurde von der K. Kreisregierung in R. unter dem 5. Mai 1874 ausgesprochen, daß die Beschwerdeführer dem C. R. als Besitzer der Parz.Nr. 2067 behufs der üblichen Feldbestellungs- und Erntegeschäfte die Ueberfahrt über ihre Güterstücke Parz.Nr. 2042, 2053 und 2033 vorübergehend innerhalb der Grenzen und der Zeit, wie für einen Acker bei flürlicher Behauungsweise zulässig und erforderlich sei, zu gestatten haben. Begründet wurde diese Verfügung unter Berufung auf Art. 41 des Gesetzes vom 16. März 1862 im Wesentlichen ebenso, wie die Entscheidung des Oberamts.

Auch gegen diese Verfügung erhoben die Besitzer der bezeichneten Parzellen weitere Beschwerde an das K. Ministerium des Innern, zu deren Begründung sie im Wesentlichen und abgesehen von nicht hierher gehörigen Nebenpunkten ausführten, daß

1) der Art. 41 des Gesetzes von 1862, auf welchen sich die Kreisregierung berufe, die Ueberfahrtsrechte, von denen er spreche, als bestehende voraussetze, ihrerseits aber gerade das Bestehen eines solchen Ueberfahrtsrechts bestritten werde, weil zu der Parz.Nr. 2067, deren früherer Besitzer über seinen eigenen zu diesem Zweck erkauften Acker gefahren sei, dieser Weg zu nehmen sei, mithin diese Parzelle sich überhaupt nicht in der Zwangslage befinde, ein weiteres Ueberfahrtsrecht zu bedürfen, weil ferner das Grundstück des C. R. ein solches Ueberfahrtsrecht über ihre

Güter nicht hergebracht und dasselbe jedenfalls durch seine Verwandlung in einen Hopfengarten wieder verloren habe;

2) daß insbesondere die Beschränkung auf Zeit und Zelg den C. R. nicht gehindert habe, im Monat März mit dem Wagen über die Wintersaaten zu fahren und daß die Beschwerdeführer, auch wenn sie von den vielen vorkommenden Excessen den einen oder andern wahrnehmen und zu beweisen vermögen, bei der Ortsbehörde wegen verwandtschaftlicher Beziehungen und des eigenen Interesses des Ortsvorstehers keinen Schutz finden.

Nach einigen weiteren Verhandlungen, nachdem insbesondere die Centralstelle für Landwirthschaft sich dahin ausgesprochen hatte, daß die Bebauung des Grundstückes als Hopfengarten nicht unvereinbar mit der Ausübung des Ueberfahrtsrechts innerhalb der für die Besitzer von Aeckern bestehenden Grenzen sei, wurde durch Erlaß vom 26./27. Mai 1875 von dem K. Ministerium des Innern der K. Kreisregierung folgendes zu erkennen gegeben:

„Man vermöge der Beschwerde keine Folge zu geben, da nach dem Zeugniß des Gemeinderaths in B. und der hiemit übereinstimmenden Urkunde vom 16. Juni 1838 die Befugniß der Besitzer wegloser Grundstücke zum Ueberfahren des benachbarten Grund und Bodens behufs der Bebauung und der Ernte nach den Regeln der zelglichen Bauart herkömmlich und diese Befugniß durch die von dem Gemeinderath unter dem 16. Juni 1838 getroffene Festsetzung nicht eingeräumt, vielmehr blos für den Zweck der mindest schädlichen Ausübung neu geregelt worden sei. Daß der C. R. auf seinem Grundstück eine Hopfenpflanzung angelegt habe, könne an seiner Befugniß zum Ueberfahren benachbarter Grundstücke, wie solche im Allgemeinen hergebracht und durch die bereits erwähnten Festsetzungen des Gemeinderaths näher bestimmt worden sei, Nichts ändern, wofern er die für die zelgliche Bauart festgesetzten Grenzen festhalte, wozu er unter allen Umständen verpflichtet sei."

Zugleich wurde von dem K. Ministerium des Innern

der K. Kreisregierung der Auftrag ertheilt, durch das Oberamt dahin wirken zu lassen, daß der Gemeinderath in Bühl, soweit es nicht schon geschehen, der ihm durch Art. 4 des Gesetzes vom 26. März 1862 auferlegten Verpflichtung nachkomme und eine Feldwegregulirung im Sinne dieses Gesetzes in thunlichster Zeitkürze herbeigeführt werde.

Auch gegen diese Ministerialverfügung wurde weitere Beschwerde an den K. Geheimenrath erhoben, in deren Begründung die Beschwerdeführer im Wesentlichen das frühere Vorbringen wiederholten und insbesondere die thatsächliche Unmöglichkeit, sich gegen Beschädigungen durch Ueberschreitung der dem Ueberfahrtsrecht gezogenen Grenzen der Ausübung „in Zeit und Zelg" zu schützen betonten. Unter dem 4. Sept. 1875 faßte hierauf der K. Geheimerath folgenden Beschluß:

1) Die Beschwerdeführer behaupten, daß sie durch die mit Erlaß des K. Ministerium des Innern vom 27. Mai 1875 erfolgte Verwerfung ihrer Beschwerde gegen die Verfügung der K. Kreisregierung vom 5. Mai 1874, durch welche erkannt worden, daß sie dem C. R. als Besitzer der Parz.-Nr. 2067 behufs der üblichen Feldbestellungs- und Erntegeschäfte die Ueberfahrt über ihre Güterstücke Parz.-Nr. 2042, 2053 und 2033 vorübergehend innerhalb der Grenzen und der Zeit, wie für einen Acker bei flürlicher Bebauungsweise zulässig und erforderlich sei, zu gestatten haben, in einem ihnen zustehenden Rechte, in der ungestörten Benützung ihres Eigenthums gestört seien und sie würden in diesem Rechte verletzt sein, wenn das von ihnen bestrittene Ueberfahrtsrecht nicht oder nicht in dem von der Feldpolizeibehörde geregelten Umfang nach dem Gesetz bestehen würde. Die erhobene Beschwerde sei daher nach dem §. 60 Ziff. 1 der Verfassungs-Urkunde und der konstanten Uebung des K. Geheimenraths zur materiellen Prüfung an denselben erwachsen.

2) Bei materieller Würdigung der Beschwerde komme

folgendes in Betracht: Das Gesetz vom 26. März 1862 betr. die Feldwege, Trepp- und Ueberfahrtsrechte habe die auf dem örtlichen Herkommen beruhenden Ueberfahrtsrechte nicht aufgehoben, vielmehr innerhalb der in den Art. 40 und 41 bezeichneten Schranken als fortbestehend anerkannt und insbesondere in Art. 41, dessen Absatz 1 vorschreibe, daß bei ihrer Ausübung die angepflanzten und zum Anpflanzen hergerichteten Grundstücke möglich zu schonen seien, den Gemeinderäthen überlassen, unter Festhaltung dieses Grundsatzes über die Art und den Umfang der künftigen Ausübung dieser Rechte nähere Bestimmungen zu treffen.

Als feststehend sei ferner anzunehmen, daß nach einem in der Gemeinde B. bestehenden örtlichen Herkommen für diejenigen Grundstücke, welche keine eigene Zufahrt haben, Ueberfahrtsrechte in Zeit und Zelg hergebracht seien. Die Behauptung der Beschwerdeführer, daß sie diese Thatfrage längst und von jeher mit Beweisantritt verneint haben, sei unbegründet. Ihr Vorbringen, soweit es sich um die Frage des örtlichen Herkommens handle, beschränke sich auf Behauptungen und Rechtsdeduktionen, welche durch die gemeinderäthlichen Feldpolizeistatute von 1838 und 1872, sowie durch die Aeußerung der Sachverständigen vom 15. Oktober 1870, nach welcher solche Ueberfahrtsrechte in dem Oberamt R. allgemein eingeführt seien, endlich durch die Aeußerungen des Gemeinderaths in B. vollkommen widerlegt erscheinen und mit ihren eigenen Erklärungen in der Beschwerdeschrift vom 19. Juni 1875 insofern im Widerspruch stehen, als sie dort behaupten, daß die Zulassung der Ausübung eines Ueberfahrtsrechts durch den Besitzer eines als Hopfengarten bebauten Ackers „dem Herkommen widrig sei, da anderwärts Hopfenanlagen mit bloßen Wiesen- und Ackerüberfahrten nicht zugelassen worden seien", was das herkömmliche Bestehen solcher Ueberfahrten, abgesehen von der Frage, welchen Einfluß die Bebauung mit Hopfen auf deren Ausübung habe, voraussetze. Die Ausübung des von den Beschwerdeführern angefochtenen Ueber-

fahrtsrechts über ihre Grundstücke in Zeit und Zelg, mithin in der Beschränkung, wie solches von dem Besitzer der Parz. Nr. 2067, C. R., in Anspruch genommen werde, stehe ferner mit den in den Statuten von 1838 und 1872 niedergelegten feldpolizeilichen Vorschriften nicht im Widerspruch, wie in der Verfügung der K. Kreisregierung vom 5. Mai 1874 und des K. Ministerium des Innern vom 1. Juni 1875, auf welche diesfalls verwiesen werde, überzeugend dargethan sei. Wenn die Beschwerdeführer insbesondere behaupten, daß anderwärts Hopfenanlagen mit bloßen Wiesen- und Aeckerüberfahrten nicht zugelassen werden und daß sie weder rechtlich verpflichtet seien, noch die thatsächliche Möglichkeit haben, die Ausübung des angefochtenen Ueberfahrtsrechts in den demselben gezogenen Grenzen zu überwachen, und wenn sie hierauf das Verlangen der Erlassung eines Verbots der Ausübung eines Ueberfahrtsrechts an C. R. als Besitzer des Ackers Parz. Nr. 2067 aus Anlaß seiner Umwandlung in einen Hopfengarten stützen zu können glauben, so beziehe sich dieses Vorbringen lediglich auf die Art und den Umfang der Ausübung des Ueberfahrtsrechts, über welche nähere Bestimmungen zu treffen, den Gemeinderäthen nach Art. 41 Abs. 2 des mehrerwähnten Gesetzes überlassen sei und auf deren Erlassung kein einzelner Betheiligter ein Recht habe.

Hiebei sei zwar selbstverständlich, daß die Feldpolizeibehörde über die Einhaltung der durch die feldpolizeilichen Vorschriften, im vorliegenden Fall durch die auf die erhobenen Beschwerden ergangenen Verfügungen der Ausübung der Ueberfahrtsrechte gezogenen Grenzen zu wachen und die Eigenthümer der belasteten Grundstücke gegen Beschädigung durch Ueberschreitung dieser Grenzen zu schützen haben. Allein eine etwaige Beschwerde wegen Nichterfüllung dieser Aufgabe der Gemeindebehörde sei von den polizeilichen Aufsichtsbehörden zu erledigen. Die angebliche Nichterfüllung dieser Aufgabe der Feldpolizeibehörden könne nicht zum Gegenstande einer Rechtsbeschwerde bei dem

K. Geheimenrathe gemacht werden, welcher keine Aufsichtsbehörde sei.

Dem Ausgeführten zufolge seien die Beschwerdeführer nicht als in einem ihnen zustehenden Rechte durch die ergangenen Verfügungen verletzt zu erachten und sei ihre Beschwerde gegen die Entschließung des K. Ministerium des Innern vom 27. Mai d. J. als unbegründet abzuweisen.

Eine Sportel wurde auch von dem K. Geheimenrath nicht angesetzt, indem derselbe davon ausging, daß die Beschwerde, wie unter Ziff. 1 der Gründe bemerkt ist, nach §. 60 der Verfassungsurkunde zu beurtheilen und nicht unter den Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 zu stellen ist. Hierüber konnte auch nach Lage der Sache nicht wohl ein Zweifel sein. Nachdem die K. Kreisregierung durch ihre Verfügung vom 9. Mai 1874 den oberamtlichen Bescheid vom 20. Febr. 1874 als nichtig aufgehoben und die Sache an den Gemeinderath in B. aus dem Grunde verwiesen hatte, weil es sich nach Art. 43 des Gesetzes vom 26. Mai 1862 und der ergangenen Ministerialentscheidung um eine von den Feldpolizeibehörden zu entscheidende Streitigkeit handle und da gegen diese Verfügung von keiner Partei Beschwerde erhoben wurde, hat der Gemeinderath als Feldpolizeibehörde eine Verfügung getroffen. Die folgenden Verfügungen, welche auf die gegen die feldpolizeiliche Verfügung des Gemeinderaths vom 24. Sept. 1873 gerichteten Beschwerden von dem K. Oberamt, der K. Kreisregierung und dem K. Ministerium ergangen sind, wurden also von diesen Behörden in ihrer Eigenschaft als polizeiliche Aufsichtsbehörden erlassen und die an den Geheimenrath gebrachte Beschwerde war sonach die Beschwerde gegen eine von der Staatsgewalt als solcher getroffene Verfügung, welche von den Beschwerdeführern angefochten wurde, weil sie sich hiedurch im Widerspruch mit dem Gesetze in einem ihnen zustehenden Rechte, in ihrem Eigenthum verletzt erachteten.

Aus dieſem Grunde und nach dieſer Lage der Sache hatte ſich der K. Geheimerath über die Frage, ob die von dem Anton und Reinhold L. bei dem Oberamt angebrachte negatoriſche Klage nicht unter Art. 1 Abſ. 1 des Geſetzes vom 13. Nov. 1855 betr. die Rechtsmittel in Verwaltungsjuſtizſachen zu ſtellen und demgemäß als Adminiſtrativjuſtizſache zu verhandeln geweſen wäre, nicht auszuſprechen.

Allein es iſt ſowohl für die Feſtſtellung des Begriffes einer Verwaltungsrechtsſtreitigkeit, als für die rechtliche Auffaſſung der in Frage ſtehenden, auf dem Ortsherkommen beruhenden Ueberfahrtsrechte nicht ohne Intereſſe, dieſe Frage eingehender zu erörtern, wobei ſich ein von der Entſcheiduug des K. Miniſterium des Innern vom 17. Dez. 1867 abweichendes Reſultat ergeben dürfte.

Die erwähnte Miniſterialverfügung[33] hat ausgeſprochen, daß „Streitigkeiten über den Beſtand eines Ueberfahrtsrechts über ein Feldgrundſtück, ſofern ſolches behufs der üblichen Feldbeſtellungs- und Erntegeſchäfte wegen Mangels an ſtändigen Fahrwegen auf Grund örtlichen Herkommens in Anſpruch genommen werde, nicht als Verwaltungsjuſtizſachen im Sinne des Geſetzes vom 13. Novbr. 1855, ſondern als Feldpolizeiſachen von den Polizeibehörden zu erledigen und daher in erſter Inſtanz nicht das Oberamt, ſondern die Ortsbehörde als Feldpolizeibehörde zuſtändig ſei.“ Das Miniſterium des Innern hat m. a. W. die Unterſtellung ſolcher Streitigkeiten unter Art. 1 Abſ. 1 des erwähnten Geſetzes vom 13. Nov. 1855 unbedingt verneint und angenommen, daß es ſich hiebei ſtets, wie der erwähnte Art. 1 in Abſ. 2 ſagt, um Beſchwerdeſachen handle, bei welchen der Staat als öffentliche Gewalt betheiligt iſt.

Allerdings iſt nun eine Auffaſſung der in Frage ſtehenden Ueberfahrtsrechte denkbar, welche folgerichtig zu

[33] Veröffentlicht in dem Amtsblatt des K. Miniſterium des Innern vom Jahre 1871 S. 58 und 59.

der Verneinung der Unterstellung von Streitigkeiten über solche unter Art. 1 Abs. 1 führt. Wenn diese Ueberfahrtsrechte nur vermöge eines autonomen Aktes der Gemeindefeldpolizei bestehen, durch welchen als lokales Gewohnheitsrecht oder als Statut der Gemeindebehörden dieselben selbstverständlich nicht willkürlich, sondern stets unter Beobachtung der Vorschrift des Art. 41 Abs. 1 und unter Kontrole des Oberamts nach Art. 41 Abs. 3 aufgehoben, begründet, modifizirt werden können, wenn m. a. W. die Gemeindebehörde, als das Organ der Gütergenossenschaft, das Verfügungsrecht über das Liegenschaftseigenthum, die Güter der Einzelnen, zu dem Zwecke hat, soweit dies im öffentlichen Interesse der Bebauung der Güter erforderlich scheint, Ueberfahrten zu gestatten oder abzubestellen, so kann jede Streitigkeit über solche Ueberfahrten, welche alsdann eben nur in der polizeilichen Erlaubniß ihren Grund haben und vermöge derselben geduldet werden müssen, nur ein Gegenstand der polizeilichen Verfügung und nur insoweit Gegenstand einer rechtlichen Entscheidung sein, als, wie bei jeder andern Polizeiverfügung, durch welche in Privatinteressen eingegriffen wird, die Frage entsteht, ob nicht ein subjektives Recht durch eine im Widerspruch mit dem Gesetze getroffene Verfügung verletzt ist. Die praktische Folge hievon wäre, daß kaum jemals eine Beschwerde wegen angeblich gesetzwidriger Auferlegung oder Abbestellung eines solchen Ueberfahrtsrechts durch eine Verfügung der Polizeibehörden bei dem Geheimenrath als oberster Administrativjustizbehörde Erfolg haben könnte, da dem Ermessen der Polizeibehörden die Ordnung dieses Verhältnisses ohne Beschränkung anheimgegeben wäre.

Bei der ständischen Berathung des Entwurfes des Feldweggesetzes hat nun allerdings in der Kammer der Standesherren aus Anlaß der Verhandlung über den Art. 84 des Entwurfs (Art. 43 des Gesetzes) eine Ansicht Ausdruck gefunden, welche dieser Auffassung insofern entspricht, als nach einer Aeußerung des damaligen Justiz-

miniſters, Freiherrn v. Wächter, über den Beſtand aller Ueberfahrtsrechte, ſoweit ſie nicht als privatrechtliche Servituten beſtehen und vom Civilrichter zu ſchützen ſeien, „unbedingt die Polizeibehörden zu entſcheiden haben" ſollten [34].

Wie aus den Gründen der Miniſterialentſcheidung hervorgeht, ſo ſcheint auch das Miniſterium des Innern hievon ausgegangen zu ſein, indem es neben andern untergeordneten Gründen die Entſcheidung auf die Natur dieſer Ueberfahrtsrechte und ihre Entſtehung unter Berufung auf Sautter [35] und die Motive zu dem Entwurf geſtützt hat.

Allein bei einer genaueren Prüfung der Natur der in Frage ſtehenden Rechte kann jene Auffaſſung unter allen Umſtänden nach Erlaſſung des Geſetzes vom 26. März 1862 nicht als richtig und zutreffend erkannt werden.

Sautter bemerkt über die Natur und Entſtehung der fraglichen Rechte allerdings, daß für die öffentlichrechtliche Eigenſchaft derſelben vermuthet werden müſſe und „die privatrechtliche Qualität eines ſolchen Rechts mit der daraus folgenden Kompetenz des Civilrichters nur da vorkommen könne, wo ein derartiges Recht nicht auf dem bei der zelglichen Bauart beſtehenden Herkommen, ſondern auf einem anderen beſonderen Rechtstitel beruhe." Ueber ihre geſchichtliche Entwickelung ſagt Sautter:

„Die vermiſchte und verworrene Lage der Ackerparzellen, der Mangel an Zufahrten zu denſelben, ſowie die Aufſtellung eines beſtimmten, vom Willen der Einzelnen ganz unabhängigen Syſtems der Bewirthſchaftung machte von Anfang an gewiſſe Einrichtungen nothwendig, um dem Einzelnen die Möglichkeit zu verſchaffen, ſein Gut auch wirklich in gehöriger Weiſe zu bewirthſchaften und zu dieſem Behuf die für die Bodenbearbeitung, die Saat und

[34] Verhandlungen der Kammer der Standesherren von 1855—61, II. Prot.-Band S. 729.

[35] Erläuterungen zu dem Entwurf eines Landeskulturgeſetzes für Württemberg (2. Aufl. 1855) S. 39—41.

die Ernte erforderlichen Einrichtungen vorzunehmen. Diese Einrichtungen, welchen insbesondere die Trepp- und Ueberfahrtsrechte angehören, sind daher ihrer Natur nach nicht ein Aggregat von Einzelverträgen. Verbunden mit der ursprünglichen Agrarverfassung und nur vermehrt durch die in späterer Zeit vorgekommenen Ackervertheilungen innerhalb der einzelnen Zelgen können jene Rechte den Charakter privatrechtlicher Servituten auch schon darum nicht haben, weil zur Zeit ihrer Entstehung noch kein Sondereigenthum bestand, sondern die einzelnen Stücke unter den Markungsgenossen jährlich durch das Loos neuvertheilt wurden und der Gesammtheit der Letztern wie die Bestimmung der Bewirthschaftungsweise, so überhaupt das ganze Verfügungsrecht über die bebaute und unbebaute Markungsfläche zukam. Als aber nach und nach ein Sondereigenthum an den einzelnen Stücken des Gemeindelandes aufkam und unter dem Einfluß des römischen Rechts sich weiter entwickelte, wurde nichtsdestoweniger die hinsichtlich der Bewirthschaftungsweise hergebrachte Ordnung aufrecht erhalten und mußte aufrecht erhalten werden, weil die Bedingungen der früheren Gemeinschaft, nemlich die vermischte Lage der Felder und der Mangel ständiger Zufahrten, sowie die Gemeinsamkeit der Weide fortdauerten. So bestehen denn jetzt noch die Trepp- und Ueberfahrtsrechte unabhängig von dem Willen der Grundeigenthümer und nur vervielfältigt in Folge der fortgeschrittenen Theilungen fort, wie sie ursprünglich konstituirt worden sind."

Die Motive zu dem Entwurf[36] haben diese geschichtliche Darstellung nun aber nicht acceptirt. Allein wenn sie auch in einer großen Anzahl von Fällen richtig sein mag, so ist jedenfalls die hieraus gezogene Folgerung, daß

---

[36] Die Motive sagen, daß sich „gegen die allgemeine Richtigkeit dieser historischen Angaben Zweifel erheben" lassen und nur soviel gewiß (?) sei, daß „die Trepp- und Ueberfahrtsrechte großentheils auf polizeilicher Anordnung beruhen."

die Kognition über das Vorhandensein und die Art der Ausübung solcher Rechte ausschließlich dem Ressort der Feldpolizeibehörden angehören und nicht Gegenstand eines Verwaltungsrechtsstreits werden können, weder in der Natur der Sache begründet, noch hat sie in dem Gesetze selbst Ausdruck gefunden; vielmehr erscheint sie mit dem Gesetze, zumal nach den ständischen Verhandlungen nicht wohl vereinbar.

Es kann dahingestellt bleiben, ob Sautter (a. a. O.) durch seine Vergleichung der „Feldbauordnungen" mit den Hochbauordnungen und mit seiner auch in die Motive zu dem Entwurf übergegangenen Bemerkung, „daß nach der geschichtlichen Entwickelung und dem bisherigen Usus die Kognition über das Vorhandensein und die Art der Ausübung dieser Rechte als dem Ressort der Feldpolizeibehörde angehörig zu betrachten seien", sich überhaupt über die Frage, wie sie jetzt zu formuliren ist, ob ein Streit hierüber als ein Verwaltungsrechtsstreit zu verhandeln sei, aussprechen wollte. Zur Zeit der Ausarbeitung seiner Erläuterungen bestand diese Unterscheidung formell nicht, da das Gesetz vom 13. Nov. 1855 nachher ergangen ist.

Die Auffassung des Verhältnisses, welche dem Gesetze von 1862 zu Grunde liegt und aus einzelnen Vorschriften desselben sich ergibt, ist jedenfalls nicht die obenbezeichnete, nach welcher die Ueberfahrtsrechte in ihrem Bestand und Fortbestand auf eine jederzeit widerrufliche polizeiliche Erlaubniß, soweit sie sich nicht als wirkliche privatrechtliche Servituten, nach den für diese geltenden Erwerbungsarten darstellen, zu betrachten wären. Die in Frage stehenden Ueberfahrtsrechte sind solche, welche auf der Ortsgewohnheit (dem örtlichen Herkommen, Art. 43 cf. Art. 40 des Gesetzes vom 26. März 1862) beruhen. Sie sind unzweifelhaft eine ganz partikulare Rechtsbildung, wie ihrer auch in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts keiner

Erwähnung geschieht [37] und erklären sich aus der Theilung des Grundbesitzes, der Parzellirung der Grundstücke einerseits und andererseits aus der Erhaltung genossenschaftlicher Beziehungen der einzelnen Grundeigenthümer, auch nachdem der römisch-rechtliche Eigenthumsbegriff, mit welchem sie schlechthin unvereinbar sind, den deutsch-rechtlichen verdrängt hatte. Sie ruhen auf der Erwägung, daß bei einem so parzellirten Grundbesitz, wie er in Württemberg größtentheils besteht, das Interesse Aller das Recht über fremdes Eigenthum zur Bewirthschaftung der einzelnen Parzellen zu fahren fordert, daß wenn der eine Eigenthümer sich mit römisch-rechtlicher Konsequenz gegen eine solche unschädliche Mitbenützung seines Grund und Bodens abschließen würde, eine Bewirthschaftung nicht mehr möglich wäre. Unzweifelhaft war dies ganz natürlich, so lange der zelgliche Bau beibehalten wurde, da insolange diese Ueberfahrtsrechte keine besonderen Nachtheile im Gefolge hatten. Dagegen ist längst erkannt, daß mit der neuen Gestaltung der Feldwirthschaft, mit dem Anbau von Futtergewächsen und Handelspflanzen und dem Einbau des Brachfeldes diese üblichen Ueberfahrtsrechte in Konflikt kommen, hemmend und störend sind. Die Gesetzgebung mußte jedoch gleichwohl Anstand nehmen, die hieraus sich ergebende Konsequenz ihrer unbedingten Aufhebung zu ziehen, da hiedurch eben wegen der großen Parzellirung der Güter ein unerträglicher Zustand entstanden wäre. Ein zweiter möglicher Ausweg, welchen man aus den Sautter'schen Prämissen wohl hätte ziehen können, wäre gewesen, die Aufhebung dieser hergebrachten Ueberfahrtsrechte in die Vollmacht der Feldpolizeibehörden, des Gemeinderaths mit Zu-

[37] Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts (1875) erwähnt nur des römisch-rechtlichen Nothwegs. Bd. II. S. 89. „Wer vom öffentlichen Weg auf sein Grundstück ohne erhebliche Schwierigkeiten nicht anders gelangen kann, als über das Grundstück seines Nachbarn, kann von diesem gegen vollständige Entschädigung die Konstituirung einer Wegegerechtigkeit fordern."

laſſung einer Verwaltungsbeſchwerde an das Oberamt zu legen. Allein auch dies hat das Geſetz nicht gethan, offenbar aus Achtung vor beſtehenden Rechten und im Hinblick auf die Unentbehrlichkeit der Ueberfahrten bei den thatſächlichen Verhältniſſen. Das Geſetz von 1862 beſchränkte ſich daher auf zwei Maßregeln, durch welche die allmählige Beſeitigung erſtrebt wurde, indem es 1) über die auch aus andern Gründen wünſchenswerthe Herſtellung von Feldwegen, durch welche jedes Grundſtück ſeinen eigenen Zugang erhalten ſoll, Vorſchriften gab und 2) für die beſtehenden Ueberfahrtsrechte einzelne ſie beſchränkende Beſtimmungen traf. Nach Art. 40 fällt ein Ueberfahrtsrecht weg, wenn ein Grundſtück durch eine Weganlage eine beſtändige Zufahrt erhält. Nach Art. 42 iſt die Beſtellung neuer Ueberfahrtsrechte rechtlich ungiltig, ſofern nicht auf den Antrag des Gemeinderaths ganz beſonderer Umſtände wegen *von dem Oberamt* eine Ausnahme für zuläſſig erklärt wird. Nach Art. 41 ſind bei Ausübung des dem Eigenthümer eines Grundſtückes zum Zwecke der Bebauung und des Einheimſens zuſtehenden Ueberfahrtsrechts über fremde Grundſtücke die angepflanzten oder zum Anpflanzen zugerichteten Grundſtücke möglich zu ſchonen und den Gemeinderäthen iſt überlaſſen, unter Feſthaltung dieſes Grundſatzes über die Art und den Umfang der künftigen Ausübung des Ueberfahrtsrechts für ihre Markungen nähere Beſtimmungen zu treffen, wogegen eine Berufung an das Oberamt, welches endgiltig entſcheidet, zuläſſig iſt.

Hiernach kann wohl kein Zweifel darüber ſein, daß der Geſetzgeber, allerdings beſtimmt durch das öffentliche Intereſſe, das *Recht* derjenigen Grundeigenthümer, welche keine eigene Zufahrt zu ihren landwirthſchaftlichen Grundſtücken haben, anerkannt hat, über fremde Güter zum Zweck der Feldbewirthſchaftung zu fahren, wenn und ſofern dieſe Ueberfahrten „hergebracht“ ſind und innerhalb der im Art. 41 enthaltenen Begrenzung. Denn das Geſetz ſpricht von Ueberfahrts*rechten*, „welche der Eigenthümer eines

Grundstückes bisher ausüben durfte." Das Gesetz hat das Bestehen solcher Rechte thatsächlich vorausgesetzt und sie nicht aufgehoben, sondern nur geregelt, mithin bestätigt.

Allerdings wäre nun von diesem Standpunkte aus das Richtige gewesen, Streitigkeiten über ihren Bestand an den Civilrichter zu verweisen, wodurch nicht ausgeschlossen war, daß über die Art der Ausübung derselben im Allgemeinen oder im einzelnen Fall die Feldpolizeibehörden zu verfügen haben. Aehnliches findet sich z. B. bei der Ausübung der Jagd, der Fischerei, des Weiderechts, der Waldweide, der Laubstreugerechtigkeit und der Holznutzungen aus Waldungen, deren Ausübung gleichfalls durch polizeiliche Verfügungen bedingt und an polizeiliche Anordnungen gebunden ist. Denn so sehr das öffentliche Interesse bei der Regelung dieser die landwirthschaftliche Produktion berührenden Frage unzweifelhaft betheiligt ist, so berühren doch diese Ueberfahrtsrechte ausschließlich als Recht das Privatinteresse, das Interesse desjenigen, dessen Grundstück den Weg zu leiden hat, und desjenigen, dessen Grundstück den Weg haben muß. Eine Vergleichung mit den Beschränkungen des Grundeigenthums durch polizeiliche Vorschriften über Hochbau ist durchaus unzutreffend, da die letzteren stets ihren Grund in einem allgemeinen, über einen bestimmten Kreis von Betheiligten hinausgehenden Interesse haben, was bei den Ueberfahrtsrechten nicht der Fall ist. Auch daraus, daß sie auf die Agrarverfassung geschichtlich zurückzuführen sein sollen, folgt nicht, daß sie nach der heutigen Rechtsentwickelung nicht reine Privatrechte im Sinne von rechtlich geschützten Privatinteressen sind, nachdem der römisch-rechtliche Eigenthumsbegriff auch für den parzellirten Güterbesitz zur Geltung gelangt ist. Mit Recht wurde bei Berathung des Art. 84 des Entwurfes (Art. 43 des Gesetzes) in der Kammer der Abgeordneten hiefür geltend gemacht, daß, wie der Abgeordnete Weber sagte, nur „die innere Natur der Berechtigung" darüber entscheiden könne, ob sie als ein Privatrecht zu betrachten

ſei und daß dieſe innere Natur der Ueberfahrtsrechte eine privatrechtliche ſei [38]. Das Recht und die Laſt iſt eine Folge des Nebeneinanderliegens von Grundſtücken im Gemenge, wie ſolche geſetzliche Servituten z. B. beim Waſſerlauf, wornach der tiefer liegende das von oben kommende Waſſer über ſein Grundſtück abfließen zu laſſen hat, in der Verpflichtung zur Einhaltung einer gewiſſen Entfernung oder Höhe der Bäume u. ſ. f. ſich finden. Es wäre daher wohl konſequenter und richtiger geweſen, Streitigkeiten über dieſe Ueberfahrtsrechte vorbehältlich der Befugniſſe der Polizeibehörden bezüglich ihrer Ausübung innerhalb beſtimmter Grenzen an den Civilrichter zu weiſen. Allein ein hierauf geſtellter Antrag wurde abgelehnt und der Art. 43 angenommen, welcher beſtimmt, daß die Streitigkeiten über den Beſtand und die Ausübung von Ueberfahrten, die ein Acker- oder Wieſenbeſitzer wegen des Mangels an ſtändigen Fahrwegen ſeinen Nachbarn behufs der üblichen Feldbeſtellung und Erntegeſchäfte vorübergehend zu geſtatten hat, „ſofern dieſe Rechte auf dem örtlichen Herkommen beruhen", von den „Verwaltungsbehörden" zu erledigen ſind und daß die Zuſtändigkeit des Civilrichters nur eintritt, wenn „ein beſonderer privatrechtlicher Titel in Anſpruch genommen wird." Das „örtliche Herkommen" wurde von dem Abgeordneten Probſt, nach deſſen Antrag der jetzige Art. 43 beſchloſſen wurde, ausdrücklich dahin erläutert, daß hiemit das „örtliche Gewohnheitsrecht" als „Rechtsſatz, der auf der ganzen Markung ſeit langer Zeit gilt", gemeint ſei. Hiemit waren alle Ueberfahrtsrechte, welche nicht auf die Behauptung einer Erwerbung durch Vertrag, letztwillige Verfügung oder erwerbende Verjährung begründet werden, aus den Privatrechten ausgeſchieden und dem Gebiete des Verwaltungsrechts zugewieſen. Es iſt hier nicht der Ort, zu unterſuchen, ob dieſe Unterſcheidung eine logiſch richtige war und wie es nament-

[38] Vergl. dieſes Archiv Bd. XV. S. 13 u. 14.

lich zu erklären ist, daß in dem Fall, wenn ein Einzelner sich auf die unvordenkliche oder im Laufe der 10jährigen Verjährungsfrist erfolgte Ausübung eines Ueberfahrtsrechts beruft, obwohl diese Ausübung in der örtlichen Gewohnheit ihren Grund hatte, der Civilrichter zuständig sein soll, während in dem Fall, wenn er sich nur auf das örtliche Gewohnheitsrecht, also einen dem Gesetze gleich stehenden Rechtsgrund beruft, die civilrichterliche Kompetenz ausgeschlossen ist. Soviel steht nun einmal gesetzlich fest, daß im letztern Fall der Streit von den Verwaltungsbehörden zu erledigen ist. Allein hieraus folgt nun nicht, daß Alles dem polizeilichen Ermessen anheimgegeben ist. Wie vielmehr schon oben gezeigt ist, so erkennt das Gesetz selbst, welches von hergebrachten Ueberfahrtsrechten spricht, an, daß die Einzelnen durch die örtliche Gewohnheit, wo sie besteht, berechtigt und verpflichtet werden. Das Gesetz setzt voraus: 1) daß Ueberfahrtsrechte durch „örtliches Herkommen", d. h. das örtliche Gewohnheitsrechte konstituirt, jedoch 2) sofern kein „besonderer privatrechtlicher Titel" vorliegt, nur durch die örtliche Gewohnheit, also außer dem Falle des Art. 42 nicht durch Verfügung der Polizeibehörde begründet werden können; 3) ebensowenig hat das Gesetz den Organen der Gesammtheit die Befugniß eingeräumt, ein örtliches Herkommen dieses Inhalts durch einen autonomen Gesetzgebungsakt (eine Verfügung der Feldpolizeibehörde) zum Vortheil oder Nachtheil des Einzelnen aufzuheben.

Das Gesetz erkennt hiernach unzweifelhaft Ueberfahrtsrechte und Ueberfahrtslasten öffentlich-rechtlicher Natur auf Grund der örtlichen Gewohnheit, wo diese sie eingeführt hat, an, und hieraus folgt unmittelbar in Anwendung allgemeiner Grundsätze, daß die Ministerialentscheidung von 1871 zu weit geht, wenn sie ganz allgemein und unbedingt Streitigkeiten auch über den Bestand eines solchen Ueberfahrtsrechts über ein Feldgrundstück aus dem Kreise der Verwaltungsrechtsstreitigkeiten ausschließt und für reine Polizeisachen erklärt. Wenn solche Ueberfahrtsrechte öffent-

lich-rechtlicher Natur nach dem Gesetze bestehen, so muß, sofern im Falle eines Streits über ihren Bestand der Civilrichter nicht zuständig ist, eine gerichtliche Entscheidung hierüber von dem Verwaltungsrichter herbeigeführt werden können. Andernfalls wären diese angeblichen Rechte keine Rechte, keine rechtlich geschützten Privatinteressen. Es stehen sich in Wahrheit im Falle eines Streites hierüber zwei Ansprüche Einzelner, der Anspruch desjenigen, der ein Ueberfahrtsrecht vermöge der örtlichen Gewohnheit zu haben behauptet und der Anspruch des Eigenthümers des angeblich belasteten Grundstückes auf Unterlassung der Störung seines Eigenthums durch einen Unberechtigten gegenüber.

An diesem aus dem Gesetze selbst folgenden Ergebniß können die weiteren in dem Amtsblatt des Ministerium des Innern mitgetheilten Gründe für die Ministerialentscheidung Nichts ändern. Daraus, daß der Art. 43 von einer „Erledigung", nicht von einer Entscheidung solcher Streitigkeiten spricht, folgt Nichts, da der Ausdruck „erledigen" auch die „Entscheidung" in sich begreift. Ebensowenig kann in dem Ausdruck „Verwaltungsbehörde" in Art. 43 ein Hinweis darauf gefunden werden, daß das Gesetz die Polizeistellen im Gegensatz zu den Verwaltungsjustizbehörden zur Entscheidung habe berufen wollen. Dieser Ausdruck wurde vielmehr nur im Gegensatz zu den Civilgerichten gewählt, wie überhaupt in der württembergischen Gesetzessprache gerade der Ausdruck „Verwaltungsstellen" als generelle Bezeichnung für Polizeibehörden und Verwaltungsjustizbehörden gebraucht wird (cf. arg. Art. 74 der neuen Bauordnung). Endlich kann sich für die mehrerwähnte Thesis des K. Ministerium des Innern auch nicht auf die ständischen Verhandlungen berufen werden. Dieselben haben die Frage, ob Streitigkeiten über den Bestand der bezeichneten Ueberfahrtsrechte von den Polizeistellen zu erledigen oder von den Verwaltungsjustizbehörden zu entscheiden seien, überhaupt nicht berührt, vielmehr nur darüber sich verbreitet, ob diese Streitigkeiten an die Civilgerichte zu verweisen sind oder nicht.

Insoweit aber nun nicht der Bestand eines solchen Rechts, sondern die Modalitäten seiner Ausübung innerhalb der durch Art. 41 gegebenen Vorschrift in Frage stehen, tritt allerdings die Befugniß der Feldpolizeibehörden, dieselbe zu regeln, an die Stelle der Rechtsprechung durch den Verwaltungsrichter. Dies ist durch Art. 41 Abs. 2 des Gesetzes vom 26. März 1862 ausgesprochen. Hiebei ist zwar nicht zu verkennen, daß in Ermangelung näherer Bestimmungen im einzelnen Falle zweifelhaft sein kann, ob sich die Erledigung einer Irrung zwischen zwei Grundbesitzern zum Austrag durch den Verwaltungsrichter oder durch die Polizeibehörde eignet. Die Feldpolizeibehörde kann über die Ausübung eines Rechts Bestimmungen treffen, welche einer Entziehung desselben gleichkommen oder dieselbe so sehr erleichtern, daß sich dieselben der neuen Belastung eines Grundstücks nähern. Im allgemeinen aber muß die Erledigung der Sache im Administrativjustizwege immer dann bejaht werden, wenn darüber gestritten wird, ob ein Ueberfahrtsrecht nach der bestehenden örtlichen Gewohnheit in dem behaupteten Umfange begründet ist oder nicht, da insoweit auch ein wohlerworbenes öffentliches Recht besteht, welches die Verfügungen der Feldpolizeibehörde nicht aufheben kann.

Nur eine Konsequenz des Ergebnisses dieser Erörterung ist es, daß in dem Falle, wenn in Anwendung des Art. 42 Abs. 1 des Gesetzes neue Ueberfahrtsrechte bestellt worden sind, Streitigkeiten über dieselben ebenso, wie über die auf „örtlichem Herkommen" beruhenden Rechte zu behandeln und ebenso, wie diese, unter Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 zu stellen sind.

Ueber mißbräuchliche Anwendung des Zeugeneids nebst einigen Gesetzgebungswünschen im Anschluß an die Beurtheilung eines Rechtsfalls.

Von Herrn Dr. G. A. Schlayer.

Möge Manchem der Name des Spinoza noch so bedenklich klingen, das wird auch ein Gegner seiner Philosophie zugeben müssen, daß er als Politiker manchen gesunden Gedanken äußert. So stellt er denn im Gebiete der Rechtspolitik irgendwo den Grundsatz auf: die Unterthanen seien von dem Staate nur insofern abhängig, als sie entweder die Macht und die Drohungen desselben fürchten oder den bürgerlichen Zustand lieben. Alles dasjenige also, wozu Niemand durch Belohnungen oder Drohungen bewogen werden könne, gehöre nicht zum Recht des Staates. So werde sich also Niemand dazu bewegen lassen, denjenigen zu lieben, welchen er hasse und umgekehrt, und dasselbe gelte auch von Dem, wogegen die menschliche Natur einen solchen Abscheu habe, daß es für schlimmer gelte als jedes Uebel, wie seine Eltern tödten u. A.

Unter den weiteren Beispielen führt er nun namentlich Etwas auf, was zuweilen auch heute noch von dem Staate, wenigstens thatsächlich, verlangt wird, nämlich das gegen sich selbst Zeugen!

Schon der jüngste Reichsabschied von 1654 §. 53 hatte für den Civilprozeß bestimmt:

„Es sollen aber keine Interrogatoria criminosa et quæ turpitudinem respondentis continent — bei Straff nach Ermäßigung — gesetzet, weniger er der Zeuge darüber examinirt und angefragt werden." —

Demgemäß ist dann auch in der deutschen Praxis die Befugniß zur Zeugnißverweigerung in diesem Betreff anerkannt [1].

[1] Vergl. u. A. Seuffert, Archiv Bd. VII. S. 123. Hufnagel, Mittheilungen Bd. II. S. 535 ff., und jetzt auch Württemb.

Was ſodann den Kriminalprozeß betrifft, ſo hat bekanntlich die neuere Geſetzgebung hier den Reinigungseid allgemein, ſelbſt bei gut beleumundeten Perſonen, aufgehoben, da man, wie ſchon Mittermaier[2] bemerkt hat, „von dem Inkulpaten, der durch die Ablegung des Eids ein Mittel findet, der Strafe zu entgehen, leicht beſorgen kann, die Furcht vor Strafe werde jede andere Rückſicht bei ihm niederſchlagen.“

In unverkennbarem Widerſpruch mit dem hier zu Grunde liegenden Prinzip würde es nun ſtehen, wenn im Strafverfahren ein Zwang zum Zeugniß, zumal zum eidlichen (mit ſeiner ganzen rechtlichen, ſittlichen und allenfalls metaphyſiſchen Folgenſchwere) noch heutzutage zuläſſig ſein würde in Abſicht auf ſolche Punkte, wo die Begehung einer ſtrafbaren Handlung durch die Zeugen ſelbſt in Frage kommt.

In der That aber beſteht dieſe in's Leben tief einſchlagende und die Sittlichkeit des Volkes zu ſchädigen geeignete Inkonſequenz in vollſter praktiſcher Blüthe. Daß hieran auch die theoretiſche Anerkennung des Gegentheils in manchen neueren Strafprozeßordnungen, ſo insbeſondere in der württembergiſchen von 1868 (Art. 145), ſobald ſie nicht mit den erforderlichen praktiſchen Kautelen umgeben iſt, nicht eben viel ändert, dafür dürfte der nachſtehende, vor Kurzem in unſerer engern Heimath verhandelte Rechtsfall einen ſchlagenden Beleg liefern.

Wir entnehmen denſelben einem offenbar getreuen Zeitungsbericht, der wörtlich lautet:

„Auf der Anklagebank ſitzt S. von S., der 22 Jahre alte Sohn des Boten S., wegen Meineids. Der Angeklagte iſt bisher gut prädizirt und noch nicht beſtraft. Der Thatbeſtand iſt folgender: Am ... fand

---

Civilprozeßordnung Art. 475 Ziff. 4 und Entwurf einer deutſchen Civilprozeßordnung von 1871 §. 322 Ziff. 2.

[2] Deutſches Strafverfahren §. 178 u. ff.

vor dem Oberamtsgericht die Hauptverhandlung in der Strafsache gegen den verheiratheten Boten und Omnibuskutscher B. von S. wegen Beleidigung statt. Den Anlaß zu dieser Verhandlung bildete folgender Vorfall: Am ... Morgens hatte B. mit seinem Omnibus auf der Straße zwischen S. und B. den Botenwagen überholt, welchen der Sohn des Boten S. führte. Im Vorüberfahren kamen Beide in Wortwechsel mit einander, und es wird B. beschuldigt, den ledigen S. einen Lausbuben geheißen zu haben, was B. zugab, wobei er aber zu seinem Schutze geltend machte, daß er nur eine Beleidigung erwidert, indem S. ihn zuerst einen „Saukopf" geheißen habe. Das zieht dieser in Abrede. — Von dem Vorsitzenden des Gerichts wurde ihm bemerkt, daß wahrscheinlich seine Beeidigung werde beschlossen werden und er befragt, ob er gewiß wisse, daß er nicht gesagt habe: „Du Saukopf", worauf er versicherte, daß er es gewiß wisse. Hierauf wurde dem S. der Zeugeneid abgenommen und B. zu einer Geldbuße von 10 Thalern verurtheilt. Am ... zeigte jedoch B. an, daß am fraglichen Tage ein Brautpaar in seinem Coupé mitgefahren sei, welches bezeugen könne, daß S. ihn einen „Saukopf" geheißen habe. Die zwei Zeugen haben denn auch heute in der Hauptverhandlung bestätigt, daß der Angeklagte S. jenes Schimpfwort gebraucht habe. Der Vertheidiger plaidirt auf fahrlässigen Meineid. Auf Grund des Wahrspruches der Geschworenen wurde der Angeklagte wegen fahrlässigen Meineids zu 6 Monaten Gefängniß und in die Kosten des Verfahrens und der Haft verurtheilt.

Gewiß gibt dieser Fall Anlaß zu ernsten Bedenken. Schon der unmittelbare Eindruck des Schlußergebnisses der Verhandlung scheint auf eine gefährliche Klippe zu deuten. Offenbar muß nämlich die Gesetzgebung des Strafrechts und Strafverfahrens Alles möglichst beseitigen (und zwar nicht blos theoretisch, sondern auch für den praktischen Erfolg), was geeignet ist, Geschworene in jene Versuchung

zu ſetzen, kraft deren bekanntlich allmächtige Jurie's in Frankreich, geleitet von jenem ſouveränen, durch keine richterliche Belehrung über unabtrennbare Rechtspunkte und negative Beweisregeln (möchte man dieſe auch nur in einem Minimum und am Ende auch ſo ſchließlich nicht bindend feſtſetzen wollen) jetzt gezügelten Gutdünken nicht ſelten und nicht blos in politiſchen Straffällen freiſprachen oder in grellem Widerſpruch mit dem Thatbeſtand des einzelnen Falls „mildernde Umſtände" annehmen zu dürfen meinten.

In der That iſt es eben ganz und gar nicht undenkbar, daß wie dort die Härte des Code pénal, ſo hier der voraufgegangene Geſtändnißzwang auf das Reſultat des fahrläſſigen Meineids führte, eines juriſtiſchen Erzeugniſſes, bei dem man denn doch an das „desinit in piscem", wenn nicht gar an ein „hölzernes Schüreiſen" zu denken faſt unwillkürlich veranlaßt iſt. Oder ſollte es ſich hier nicht wirklich in der Hauptſache eben nur um das Subſtrat zu einer pœna extraordinaria im Sinne der Verdachtsſtrafe handeln. Ohne eine ſolche iſt man aber z. B. in Württemberg bis auf die neueſte Zeit gar wohl ausgekommen. Und wie leicht können da auch brave, übrigens an ſchwachem Gedächtniß leidende Perſonen in Unterſuchung und Strafe kommen! Das Gebiet ſtrafbarer Fahrläſſigkeit dürfte in der That enger zu begrenzen ſein. Sieht man nämlich von Polizeiübertretungen ab, wobei die menſchenwürdige Coexiſtenz die ſchlechthinige Befolgung gewiſſer, ihrer rechtlichen Bedeutung nach an ſich minder in's Gewicht fallenden Verbote oder Gebote bei Vermeidung geringerer Strafen zu erheiſchen ſcheint, ſo dürfte das Gebiet ſtrafbarer Fahrläſſigkeit denn doch jedenfalls auf ſolche Handlungen einzuſchränken ſein, die ſchon rein äußerlich und objektiv betrachtet, einen rechtsverletzenden Eingriff in die fremde Rechtsſphäre enthalten (wobei nur beſondere Umſtände im einzelnen Fall die Schuld ausſchließen können). Die Kundgebung der Ge-

danken durch Rede oder Schrift unterscheidet sich aber sehr von den Fällen der lex Acquilia, und wenn je aus Gründen des öffentlichen Wohls auch bei jener Fahrlässigkeit gestraft werden soll (z. B. bei leichtsinniger Aufnahme widerrechtlicher Preßerzeugnisse), so kann es sich selbstverständlich hiebei für eine rationelle Gesetzgebung nur um Verhängung von Polizeistrafen handeln. Geistiger Trägheit und Stumpfheit wird am besten durch die Schule und durch eine tüchtige, *scharf individualisirende* Zeugeneinvernahme entgegengewirkt, um so mehr als man hier wie ohnehin bei geistiger Zerstreutheit und Verworrenheit, nicht selten ganz nahe bei der Grenze zurechenbarer Schuld stehen wird.

Schon oben haben wir hervorgehoben, daß die neuere Württ. Strafprozeßordnung zwar das richtige Prinzip auch für unsern Fall anerkenne, daß sie aber in Absicht auf die praktische Durchführung desselben zu wünschen übrig lasse, so daß sie gleichsam *einen Schild* gibt, aber *ohne Handgriff zum Gebrauch des gemeinen Mannes*. In der That bestimmt der Art. 145: „Dem Zeugen ist erlaubt, die Beantwortung einer Frage abzulehnen, wenn aus dieser selbst erhellt oder der Zeuge glaubwürdig versichert, daß eine Erklärung über die Frage ihn selbst oder eine Person, zu welcher er in einem der im Art. 143 Ziff. 1 bezeichneten Verhältnisse steht, der Gefahr der Bestrafung oder unmittelbarem schwerem Vermögensnachtheil aussetzen würde. Er hat diese Befugniß auch im Hauptverfahren."

Nachdem jedoch die frühere Strafprozeßordnung von 1843, die allerdings mit ihren Torturresten (Art. 143 ff.) hierin nur folgerichtig war, eine ähnliche Bestimmung nicht enthalten, wäre es um so mehr geboten gewesen, den Zeugen im einzelnen Fall über diese seine relative Zeugnißverweigerungspflicht *vorgängig belehren* zu lassen. Es sollte also, was Art. 143 Abs. 2 der Strafprozeßordnung für die im Art. 143 Ziff. 1 genannten Personen bestimmt,

auch für den Fall des Art. 145 festgesetzt werden, und es sollte diese vorgängige Belehrung durch Androhung von Verweis, beziehungsweise selbst Ordnungsstrafe gegen den sie unterlassenden Richter zur unfehlbaren Praxis gemacht werden. (An die Stelle einer reglementären Vorschrift eine diesfällige Vermehrung der Nichtigkeitsgründe des Verfahrens zu setzen, empfiehlt sich nämlich weder aus allgemeinen legislativen Gründen, noch würde dadurch dem besonderen Zwecke besser genügt.)

Wenn es wahrhaft traurig ist, daß an solche alltägliche Erbärmlichkeiten und Trivialitäten, wie es zwischen zwei Burschen im Vorüberfahren zu Lande, gleichsam ein Gegenstück der bekannten Schiffergrüße, so häufig gewechselte Schimpfwörter sind, sich schließlich noch Meineidsuntersuchungen knüpfen, so darf dabei ein weiterer Punkt nicht übersehen werden. Eine Menge Untersuchungen wegen Ehrenbeleidigung kamen früher wegen angezeigter, namentlich bei Schimpfwörtern in's Angesicht, in einer Unzahl von Fällen thatsächlich geübter, Wiedervergeltung (Retorsion) entweder gar nicht zur Entstehung, oder wurden wenigstens gleich zu Anfang beseitigt, indem (nicht blos nach dem Württ. Strafgesetzbuch, sondern wenigstens bei wörtlichen Ehrenkränkungen auch nach vielen andern deutschen Strafgesetzgebungen, so der Bayerischen, Hannöverischen, Braunschweigischen, Hessen-Darmstädtischen u. s. f. der Grundsatz gegenseitiger Aufhebung bei nicht erheblicher Ueberschreitung des Maßes der Erwiderung „auf der Stelle" ipso jure zur Anwendung kam. Nun sagt man zwar, dies sei noch jetzt anerkanntes Recht, und zwar in weitem Umfang, nämlich in Absicht auf das ganze Gebiet der Beleidigungen, ja nach §. 233 des Reichsstrafgesetzbuchs, sogar der leichten Körperverletzungen. Allein bekanntlich hat das Reichsstrafgesetzbuch die Fassung des früheren preußischen Strafgesetzes (§. 153) und damit ein „pouvoir discrétionnaire" herübergenommen, das richtiger

nur da gesetzlich zu bekräftigen sein dürfte, wo es unentbehrlich ist, wie in einzelnen Theilen des Verfahrens (worauf sich der technische Ausdruck zunächst bezieht). Freilich muß man auch im materiellen Strafrecht dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gewähren: es ist dies die nothwendige Folge des hier im Interesse ausgleichender Gerechtigkeit waltenden Individualisirungsprinzips; allein ein Anderes ist die Strafausmessung innerhalb gegebener Rahmen, ja selbst die gesetzlich bekräftigte Auswahl zwischen verschiedenen Strafarten, ein Anderes die arbiträre Wahl zwischen Bestrafung beider Theile oder Nichtbestrafung wegen Retorsion, wie sie die Art. 199 und 233 des Reichsstrafgesetzbuches dem Richter unzweifelhaft einräumen.

Bekanntlich kann von einem gewissen streng theoretischen Standpunkt aus der Grundsatz gegenseitiger Aufhebung der Beleidigungen wenigstens für das Gebiet der öffentlichen Strafe bestritten werden. Auch wurde nach gemeinem Recht hier wirklich mehrfach Strafbarkeit wegen Selbsthilfe angenommen [3]. Allein gewiß mit Recht hat diesem seiner Zeit von dem Württ. Strafgesetzesentwurf eingenommenen Standpunkt gegenüber die damalige Abgeordnetenkammer die Volksanschauung und die praktische Vereinfachung der Sache geltend gemacht [4].

Demgemäß enthielt dann das Württ. Strafgesetzbuch in Art. 293 die Bestimmung: „Hat der Beleidigte die Ehrenbeleidigung auf der Stelle, ohne Ueberschreitung des Maßes erwidert, so steht keinem Theile ein Recht auf Klage zu." Aehnliches bestimmten auch die bereits erwähnten sonstigen deutschen Gesetzgebungen.

In der That steht auch die Volksanschauung im engsten Zusammenhang mit dem auf dem innersten Kern der Subjektivität fußenden Grundsatz germanischer Ehre, die noch nach heutigen Begriffen, mindestens in Fällen, wo

[3] Vergl. insbesondere C. G. v. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Deutschen Strafrechts Bd. II. S. 107.

[4] Hufnagel, Kommentar Bd. II. S. 223.

die Pflege berechtigten Selbstgefühls von hoher Bedeutung für das Gemeinwesen ist, die Wiederherstellung durch die muthige That des Subjekts fordert. Haben ja doch auch bedeutende Theoretiker der Neuzeit, z. B. Laurent, Ihering u. A., einer gewissen Selbsthilfe, als kräftiger Geltendmachung gesunder Individualität innerhalb bestimmter Grenzen, ersterer geradezu dem Duell (natürlich in beschränktem Umfang), die sittliche Berechtigung zusprechen zu dürfen geglaubt[5].

Hätte das frühere württ. Recht, wornach der minder beleidigte, bezw. beleidigende Staatsbürger ein Recht auf Strafloſigkeit innerhalb gewiſſer Schranken hatte oder die nach Obigem praktisch unumgängliche Belehrung über das Recht zur Zeugnißverweigerung bestanden, dann hätte sich — um auf unsern besondern Fall zurückzukehren — der ganze im Wesentlichen auf rusticitas beruhende Span zwischen „zwo S . . . ingern" (Ortsangehörigen) ohne Zweifel auf die einfachste Weise erledigt; jedenfalls würde es in solchen Fällen nur höchst selten zu nachträglichen Meineidsuntersuchungen kommen, wenn je aber, so würde das Mitgefühl der Geschworenen weniger in Anspruch genommen und das Fahrzeug juristischer Logik scheiterte nicht auf der Sandbank des „fahrläſſigen Meineids."

Zum Schluß darf aber auch eine weitere ernste Bemerkung nicht unterlassen werden. So lange die oben berührten schweren Mißstände nicht gehoben werden, ist es von doppelter Wichtigkeit, daß auch in unbedeutenden Strafsachen, wo die Versuchung zu rascher Erledigung einer Prozeßnummer naturgemäß stärker wirken mag, sonstige Zeugen (die ja auch im vorliegenden Fall von Anfang an bei umsichtiger Befragung leicht zu ermitteln gewesen wären) neben dem Kläger einvernommen werden, zumal wenn wie hier der Angeklagte die Eröffnung des beleidigenden Vorgehens durch den Kläger behauptet.

[5] Vergl. über den Ehrbegriff, insbesondere auch Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 423.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

(Von Herrn Obertribunalrath v. Streich).

(Fortsetzung[1] und Schluß.)

27) Rechtliche Wirkung eines nach 1828 abgeschlossenen Vergleichs über Schafwaiderechte.

Auf der Gemeindemarkung Eglingen wird seit alten Zeiten ein Waiderecht für Schafe ausgeübt. Eines solchen Rechtes ist schon in einer Urkunde von 1579 Erwähnung gethan, beßgleichen in den Gemeindsrechnungen, die aus dem vorigen Jahrhundert noch vorhanden sind. Nach dem Uebergange Eglingens in württembergische Herrschaft war eine Zeit lang unbestrittenermaßen die politische Gemeinde Eglingen im Besitz und Genuß des fraglichen Rechts. Im Jahr 1826 traten die Realgemeinderechtsbesitzer, welche in Eglingen zahlreich sind und ausgedehnte Rechte besitzen, in den Besitz der Schafwaide ein; späterhin nahm die politische Gemeinde das Recht wieder in Anspruch, bis endlich im Jahr 1861—64 eine Uebereinkunft zu Stande kam zwischen den Realgemeindebesitzern einerseits und der politischen Gemeinde andererseits, nach welcher die streitige Waideberechtigung der ersteren anheimfiel.

---

[1] Heft 2 S. 163 u. f.

Die Eglinger Realgemeinderechtsbesitzer machen ihre Schafwaide als eine auf der ganzen Markung ruhende privatrechtliche Gerechtsame geltend. Dem entgegen behauptete Xaver Launer, ein Eglinger Grundbesitzer, daß das Waiderecht öffentlich rechtlicher Natur, beziehungsweise eine Communschafwaide sei, deren Ausübung den Gemeinderechtsbesitzern zustehe. Launer stellte hiernach eine Negatorienklage an, darauf gerichtet, daß auf seinem Besitzthum, dem sog. Kruggenstadelhof, die von den beklagten Gemeinderechtsbesitzern beanspruchte Dienstbarkeit nicht zu Recht bestehe. Die Civilkammer des Gerichtshofs in E. erkannte zu Gunsten dieser Klage. Sie gieng davon aus, daß zu Begründung des Anspruchs der Beklagten der Beweis erforderlich sei, daß sie das angesprochene Recht als Privatrecht und zwar schon vor Emanirung des Schäfereigesetzes von 1828 erworben haben. Hieraus ergebe sich von selbst, daß der Vertrag von 1864 nur unter der Voraussetzung für das Recht der Beklagten von Bedeutung sei, wenn entweder nachgewiesen werden könne, daß dieses Recht schon vor jenem Vertrag den Beklagten als ein Privatrecht zustund oder aber, sofern es bis dahin der politischen Gemeinde gehörte, dargethan werden könne, daß dasselbe auch von letzterer nur als ein privatrechtliches und nicht als Ausfluß öffentlich rechtlicher Verhältnisse ausgeübt worden sei. Jenen Beweis zu erbringen sei aber den Beklagten nicht gelungen.

Die Civilkammer des Obertribunals änderte dieses Urtheil ab und verwarf die angestellte Klage aus folgenden Gründen:

Die Uebereinkunft vom 6. Dez. 1861—20. Jan. 1864 hat den lange dauernden Streit in Betreff des auf Eglinger Markung seit Jahrhunderten bestehenden Waiderechts dahin geschlichtet, daß dasselbe nicht der politischen Gemeinde, sondern den Gemeinderechtsbesitzern und zwar in der Art zustehe, daß der Bauer 8, der Söldner 6 Stück Schafe auf die Waide

treiben dürfe, während der Pferch unter den Berechtigten zu vertheilen sei. Diese Uebereinkunft ist nicht dahin zu verstehen, daß ein bisher der politischen Gemeinde zugestandenes Waiderecht auf die Realgemeinderechtsbesitzer hat übertragen und damit in ein im rechtlichen Sinne anderes und neues Dienstbarketisrecht umgewandelt werden wollen. Der Sinn und Zweck der Uebereinkunft kann vielmehr nur darin gefunden werden, daß die Waide auf Eglinger Markung, welche bis dahin auch von der politischen Gemeinde für sich in Anspruch genommen worden war, nunmehr für Vergangenheit und Zukunft als eine der Realgemeinde zukommende Berechtigung anerkannt werden sollte. Damit zugleich wurde aber auch die privatrechtliche Natur des in Streit befangenen Rechtes anerkannt. Ein Waiderecht öffentlich rechtlicher Natur läßt sich denken, wenn eine politische Gemeinde das berechtigte Subjekt ist, wogegen wenn die Berechtigung von jeher Privatpersonen zugestanden hat, nur ein privatrechtliches Dienstbarkeitsverhältniß in Frage stehen kann.

Dem oben erwähnten Uebereinkommen hat auch der Kläger seine Genehmigung ertheilt. Wenn er nun im Widerspruch mit dem darin niedergelegten Anerkenntniß neuerdings behaupten will, daß das Waiderecht der Beklagten nicht privatrechtlicher Natur sei, so kann er sich nicht ohne Weiteres darauf berufen, daß jenes Anerkenntniß in Folge des Art. 13 des Schäfereigesetzes von 1828 rechtlich unwirksam geblieben sei. Diese gesetzliche Bestimmung würde dem Kläger zu Statten kommen, wenn das Uebereinkommen einen Verstoß gegen dieselbe enthielte; was jedoch nur dann der Fall wäre, wenn das Waiderecht noch im Jahr 1828 verweislichermaßen den Charakter einer dem öffentlichen Rechte angehörigen Berechtigung gehabt hätte. Nach dem vorliegenden Beweismateriale erscheint aber dieser dem Kläger obliegende Nachweis nicht erbracht. Die Urkunde von 1579 ergibt so viel, daß die Waide auf Eglinger Markung ursprünglich den Freiherrn

von Gravenegg zugeſtanden hat und ſie ſchließt keineswegs die Annahme aus, daß diejenige Waideberechtigung, welche an deren Stelle durch den Vertrag von 1579 begründet wurde, ebenſo privatrechtlicher Natur geweſen iſt, wie dies bezüglich der urſprünglichen Waide der Fall geweſen zu ſein ſcheint. Ob das um jene Zeit konſtituirte Dienſtbarkeitsrecht im Laufe der Jahrhunderte in eine Communſchafwaide und damit in eine Berechtigung von öffentlich rechtlichem Charakter ſich umgewandelt hat, iſt aus den vorliegenden Gemeinderechnungen bei deren Spärlichkeit und Unbeſtimmtheit durchaus nicht mit Sicherheit zu entnehmen. Sicher iſt zwar, daß zu Anfang dieſes Jahrhunderts einige Zeit lang die Auffaſſung der Eglinger Waide als eines der politiſchen Gemeinde zuſtehenden Rechts Platz gegriffen hat; allein da jedenfalls im Jahr 1826 wieder die Auffaßung der Beklagten obſiegte, ſo kann Allem nach nicht geſagt werden, daß das ſtreitige Waiderecht erwieſenermaßen bei dem Erſcheinen des Schäfereigeſetzes von 1828 öffentlich rechtlicher Natur geweſen ſei.

Hiernach hat es bei der Uebereinkunft von 1861/64 ſein Bewenden, wornach den Beklagten die Sommerſchafwaide auf Eglinger Markung als ein privatrechtliches Dienſtbarkeitsrecht zuſteht.

Obertribunalentſcheidung vom 1. Juni 1875 in Sachen Eglingen c. Launer.

28) Markungs-Zugehörigkeit als Gegenſtand civilrichterlicher Koguition.

In der zuvor mitgetheilten Rechtsſache hatten die beklagten Realgemeinderechtsbeſitzer die in Anſpruch genommene Waidegerechtigkeit damit begründet, daß ihnen die Schafwaide auf der geſammten Eglinger Markung als ein privatrechtliches Dienſtbarkeitsrecht zuſtehe und daß demzufolge auch das zur Gemeindemarkung gehörige klägeriſche Hofgut jener Waideſervitut unterworfen ſei. Hiegegen machte nun aber der Negatorienkläger geltend, daß ſein Be-

ſitzthum, der Kruggelſtadelhof, jedenfalls bis zum Jahr 1828 (bis zu welchem Zeitpunkt das Recht der Beklagten begründet ſein mußte) eine eigene Markung gebildet habe. Betreffs dieſer Einwendung ſprach ſich das Obertribunal folgendermaßen aus:

Ohne Zweifel iſt dieſes Vorbringen des Klägers erheblich; auch kann nicht zweifelhaft ſein, daß der Civilrichter darüber zu entſcheiden hat, ſofern nicht über die dem öffentlichen Recht angehörige Frage von den beſtehenden Markungsrechten und Markungspflichten des betreffenden Grundeigenthums, ſondern nur darüber zu kognoſciren iſt, ob letzteres in früheren Zeiten eine eigene Markung gebildet hat und damit von dem privatrechtlichen Waideanſpruch der Beklagten eximirt geblieben ſei. Jenes Vorbringen, für welches der Kläger beweispflichtig iſt, kann aber durch die von ihm benannten Beweismittel nicht erwieſen werden. Denn das angebliche „Saal- und Lagerbuch von 1725", worauf die klägeriſche Partei ſich beruft, iſt mit dieſen Worten ungenügend bezeichnet, auch fehlt es an jeglicher Beſcheinigung über deſſen gegenwärtigen Beſitz. Was aber das klägeriſcherſeits angerufene Zeugniß der Beamten der fürſtlich Thurn und Taxis'ſchen Domänenkanzlei in Regensburg anbelangt, ſo muß von dieſem Beweismittel deßhalb Umgang genommen werden, weil dasſelbe nur als Zeugniß von Privatperſonen in Betracht kommen könnte, welch letztere nach dem Antrage des Klägers nicht eine Ausſage über beſtimmte Thatſachen zu machen, ſondern über eine von den manigfaltigſten thatſächlichen und rechtlichen Momenten abhängige Frage ihr Gutachten abzugeben hätten.

Obertribunalentſcheidung vom 1. Juli 1875 in Sachen Eglingen c. Launer.

29) Dreißigjährige Verjährung gegenüber von Stadt- und Dorfgemeinden.

Bisher hatte das Obertribunal ſtets den Grundſatz

befolgt,[1] daß bei Stadt- und Dorfgemeinden bezüglich der Verjährung ihrer Klagen, wie der Ersitzung ihrer Sachen der Ablauf von 40 Jahren erforderlich sei. Neuestens ist jedoch diese Frage aus Anlaß eines Streitfalls wiederholter Prüfung unterzogen worden, in deren Folge durch Plenarbeschluß der Civilkammer der gedachte Grundsatz verlassen und an seiner Stelle eine 30jährige Verjährung als den Gesetzen entsprechend angenommen wurde. Die Begründung war folgende:

In der c. 23 Cod. 1, 2 war für die Klagen der Kirchen, milden Stiftungen und Städte eine 100jährige Verjährung vorgeschrieben. Die Novelle 111 (zu vergl.

[1] Sarwey, Monatschrift Bd. XX S. 30—36, S. 66, Hufnagel Mittheilungen, Bd. I S. 119—120, Seuffert, Archiv Bd. IX Nr. 119, Richter, Aufsätze S. 207. Die hier erwähnten Entscheidungen des Obertribunals reichen bis zum Jahr 1846; neuere Entscheidungen, in welchen der nemliche Grundsatz zur Anwendung kam, sind Isny c. Quadt 20/27. April 1866, Fuchs c. Reinsbronn 25. Juni 1868.

Im ersteren Falle war unter Berufung auf Lauterbach, Consilia Tub., Hoffacker u. s. w. gesagt worden, es habe das Obertribunal in Uebereinstimmung mit den älteren Rechtslehrern stets angenommen, daß zur Verjährung gegen Rechte der Gemeinden der Ablauf von 40 Jahren erforderlich sei; und im neuesten Falle ist nur kurz unter Bezugnahme auf Sarwey's Monatschrift loc. cit. bemerkt, daß zur Begründung des Einwands der erlöschenden Verjährung, wie das Obertribunal schon oft ausgesprochen habe, gegen Gemeinden ein Zeitablauf von 40 Jahren erforderlich sei. — Nichts destoweniger kamen im Gremium des Collegiums bis in die neuere Zeit herauf Bedenken gegen die befolgte Praxis zum Ausdruck; bezeichnend ist in dieser Richtung die Bemerkung, die der Referent in dem in Sarwey l. c. erwähnten Falle Kusterdingen gegen Fiskus (1846) am Schlusse seines Vortrags niederlegte: wenn gleich in einigen Fällen der neueren Zeit Zweifel angeregt und die Frage dahingestellt gelassen worden sei, ob 30 oder 40 Jahre erforderlich seien (Grunbach c. Waiblingen von 1835 und Ahldorf c. Kraft von 1841) so möchte Referent doch nicht darauf antragen, diese Praxis zu verlassen, obwohl er dafür halte, daß die Auslegung, welche derselben zu Grunde liege, den allgemeinen Interpretationsgrundsätzen am wenigsten entspreche.

mit Nov. 9) hat dieses Vorrecht aufgehoben und rücksichtlich der Kirchen und Stiftungen auf 40 Jahre beschränkt. Nur diese, nicht auch die Städte sind in der Novelle 111 genannt. Das alte Vorrecht von 100 Jahren hat aber die Novelle, wie aus ihr und insbesondere aus ihrem Eingange mit aller Bestimmtheit zu ersehen ist, aus dem Grunde, weil diese Verjährung viel zu lang, schlechthin unpassend sei und ihren Zweck verfehle, aufgehoben und da dieser Grund nicht bloß für die Kirchen und Stiftungen paßt, sondern für jede andere Person, auch für die Städte dasselbe Gewicht hat und da überhaupt die Frage sich aufdrängt, wie in Betreff der Städte die Fortdauer des alten Vorrechts beabsichtigt worden sein soll, während es für die doch stets in erster Reihe privilegirten und besonders bedachten Kirchen fallen sollte, so kann mit Grund zunächst nicht bezweifelt werden, daß jenes weitgehende Privilegium von der Novelle 111 allgemein, auch in Ansehung der Städte aufgehoben worden ist. Die Novelle hat zwar an die Stelle desselben die 40jährige Verjährung gesetzt, dabei aber nur die Kirchen und Stiftungen, nicht auch die Städte genannt. Schon letzteres spricht dafür, daß die Städte, nachdem ihr früheres Privilegium mitaufgehoben war, nicht unter diesem abgekürzten Vorrecht von 40 Jahren begriffen, sondern der Regel der 30jährigen Klagverjährung unterworfen sein sollten[2] und erwägt man ferner, daß in der Novelle, welche sich unverkennbar mit der c. 23 Cod. 1, 2 und den in ihr genannten Personen befaßt hat, ausdrücklich gesagt wird, hinsichtlich der andern Personen solle die 30jährige Verjährung Kraft haben („salva scilicet alias personas et causas virtute, quam semper tricennalis sibi praescriptio vindicabat") ja daß noch ausdrücklich beigefügt wird, dieser Zusatz von weiteren 10 Jahren werde allein den Sachen der Kirchen, ihrem Recht und ihren Verträgen verliehen („quoniam hanc

[2] Savigny, System Bd. V S. 359.

decem annorum adjectionem solis, ut dictum est, religiosis locis eorumque jurivel contractibus indulgemus") so ist anzunehmen, daß das Vorrecht der 40jährigen Klagenverjährung durch die Novelle 111 nur den Kirchen und Stiftungen, nicht auch den Städten eingeräumt worden ist, diese vielmehr der regelmäßigen Präscription von 30 Jahren unterworfen sind, wozu noch der weitere nicht unerhebliche Umstand kommt, daß auch die spätere Novelle 131 c. 6 nur noch der Kirchen und Stiftungen in Betreff der 40jährigen Verjährung gedenkt.

Es nahmen daher schon seit längerer Zeit die Rechtslehrer übereinstimmend an, daß nur den Kirchen und Stiftungen, nicht auch den Städten in Ansehung der Klagenverjährung die 40jährige Präscription zukomme und ein anderer Gerichtsgebrauch im Gesetze nicht begründet sei.[3] Auch die Rechtsprechung deutscher höherer Gerichte hat diese Theorie angenommen.[4]

Was aber die Praxis der württembergischen Gerichte, insbesondere des Obertribunals betrifft, so ist zwar, wenn man die vorliegenden Entscheidungen und übereinstimmenden Zeugnisse [5] überblickt, als feststehend anzu-

---

[3] Pfeiffer im civilistischen Archiv Bd. 28 S. 139 ff; Wächter, Lehrbuch des w. Priv.-R. Bd. II S. 814; Savigny, System Bd. V S. 354—359; Bangerow, Pandekten §. 148 Anm. 2 Ziff. 5, Windscheid, Pandekten §. 110 Not. 2; Puchte, Paudekten § 91; Unterholzner, Verjährungslehre Bd. I § 45; Kierulff, Civilrecht S. 205, Keller, Pandekten § 87, 131, Anm. 25, Göschen, Vorlesungen Buch I §. 151 Z. 4, Arndts, Pardekten §. 108 Anm. 1; Vering, Institutionen §. 88; Braun Erörterungen zu Thibaut Bd. II S. 885—886.

[4] Zu vergl. Entscheidungen des O.-A.-G. zu Wiesbaden (Seuffert Archiv Bd. XIII Nr. 7), des O.-A.-Gerichts in Celle und Kassel (Seuffert, Archiv Bd. III Nr. 297), des Obertribunals in Berlin (Seuffert Archiv Bd. XXIV Nr. 17). Abweichender Meinung und für eine 40jährige Zeitdauer ist das O.-A.-G. zu Darmstadt (Seuffert Archiv Bd. III Nr. 137).

([5] zu vergl. Not. 1).

ſehen, daß für Württemberg in Anſehung des Erforderniſſes der 40jährigen Zeitdauer der ſchon bezeichnete Gerichtsgebrauch bisher beſtanden hat. Allein wenn das oberſte Gericht des Landes denſelben auch noch in neuerer Zeit befolgt hat, ſo iſt dieß doch lediglich nur im Anſchluß an die älteren Entſcheidungen und ohne eine wiederholte Prüfung der theoretiſchen Frage und ihres Standes geſchehen. Und auf der anderen Seite ergibt ſich aus den früheren Entſcheidungen, daß jener Gerichtsgebrauch nur das Erzeugniß der Auslegung der oben angeführten Geſetzesſtellen des gemeinen Rechts geweſen, aus ihr hervorgegangen iſt. Es zeigt dieß die in der Sarwey'ſchen Monatſchrift Bd. XX S. 30—36 und S. 66 erwähnte Entſcheidung des Obertribunals vom 23. März 1846, deren Begründung, wie deren Bezugnahme auf Schriftſteller wie Lauterbach, Hofacker (princip. S. 979), welche ihe Anſicht auf die Interpretation der geſetzlichen Beſtimmungen ſtüzen. Unter ſolchen Umſtänden kann daher nicht angenommen werden, daß dieſer Gerichtsgebrauch zugleich den Charakter eines Gewohnheitsrechtes an ſich trage.[6] Schon die Natur und der Gegenſtand des vorliegenden Rechtsſatzes bringt es mit ſich, daß bei deſſen Feſtſtellung das Volk und deſſen Rechtsbewußtſein nicht wohl mitgewirkt haben kann. Es liegen hier nicht, wie dies bei anderen Rechtsverhältniſſen neben den Ausſprüchen der Gerichte der Fall ſein kann, Akte, Handlungen des Volkes vor, durch welche dieſes ſeine gemeinſamen Rechtsüberzeugungen ebenfalls ausgeſprochen hat, ſondern nur Entſcheidungen der Gerichte, aus denen, wie bemerkt, überdies hervorgeht, daß ſie auf

---

[6] Dies war von einer Minorität des Kollegiums angenommen worden unter Berufung darauf, daß der fragliche Gebrauch bis auf die Tübinger Conſilien (1740) zurückreiche, ſeitdem unausgeſetzt von der geſammten württembergiſchen Praxis zur Anwendung gebracht und zu einer Zeit noch feſtgehalten worden ſei, wo der demſelben zu Grund liegende Rechtsſatz in ſeiner theoretiſchen Richtigkeit längſt allgemein beanſtandet wurde.

der Auslegung des geschriebenen Rechts basirt sind und daß es an Anhaltspunkten fehlt, daß sich die Gerichte bei diesen Entscheidungen durch die Unterstellung einer im Volke lebenden Rechtsüberzeugung und durch das Streben, diese Ueberzeugung und dieses Bewußtsein zum Ausdruck zu bringen und dadurch das Recht und den Rechtssatz erst mitschaffen zu helfen, haben leiten lassen. Es hat sich vielmehr nur um die Auslegung und Anwendung des schon bestehenden Rechtes gehandelt und kann daher einerseits diesem Gerichtsgebrauche die Bedeutung und Kraft eines Gewohnheitsrechts nicht beigelegt werden, und andererseits bildet er gerade aus diesem Grund keine schlechthin bindende Norm für die Gerichte, sondern ist von demselben sogar abzugehen, wenn er sich aus triftigen Gründen als unrichtig darstellt.[7] Ueberdieß darf nicht unbeachtet bleiben, daß schon seit länger das allgemeine Rechtsbewußtsein dem Fortbestand solcher Vorrechte nicht günstig ist. Es läßt sich daher umsoweniger annehmen, daß die Gerichte von der Absicht, einem Rechtsbedürfniß zu genügen, bestimmt worden sind und daß durch sie eine Anschauung des Volkes zum Ausdruck kam; vielmehr weist auch dieser Umstand darauf hin, daß für sie lediglich die Gesetzesinterpretation maßgebend gewesen ist.

In Anbetracht aller dieser Umstände erscheint es daher als begründet, von dem bisherigen Gerichtsgebrauche abzugehen und anzunehmen, daß den Stadt- und Dorfgemeinden das Vorrecht einer 40jährigen Präscription nicht zukommt, daß sie vielmehr der regelmäßigen 30jährigen Klagverjährung unterworfen sind. Und weil ferner das Gesetz vom 28. Februar 1873 Art. 1 derartige Vorrechte auch hinsichtlich der Gemeinden für die Zukunft aufgehoben hat und die Motivirung dieses Gesetzes, sowie die daselbst enthaltene Berufung[8] auf Schriftsteller, welche die 40jährige

[7] Württ. Archiv Bd. VI S. 138—140.

[8] Neue Justizgesetzgebung Bd. V S. 117, 129, 134.

Präscription nicht anerkennen, zeigt, daß auch die gesetzgeberischen Faktoren in Betreff der Richtigkeit jenes Gebrauchs eher Bedenken gehabt haben, so liegt ein weiterer Grund vor, auch in Ansehung der vergangenen Zeit, auf welche in Betreff der Verjährung das Gesetz vom 28. Febr. 1873 gemäß seinem Art. 6 nicht zurückwirkt, den Grundsatz des neuen Gesetzes anzunehmen, von jenem bisherigen Gerichtsgebrauche abzuweichen und der Thesis zu folgen, welche dem wahren Sinn der maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen entspricht und das Ansehen der Wissenschaft für sich hat.

Hiernach hat das Obertribunal den Grundsatz angenommen, daß Klagen der Stadt- und Dorfgemeinden auch in Ansehung der Zeit vor dem Gesetze vom 28. Februar 1873 der Regel der 30jährigen Verjährung unterliegen.

Sofern aber die außerordentliche Verjährung in Ansehung der Dauer des Besitzes sich lediglich nach der Klagverjährung richtet, erscheint hiernach gegenüber von Stadt- und Dorfgemeinden auch hinsichtlich der außerordentlichen Ersitzung nur ein 30jähriger, nicht ein 40jähriger Besitz erforderlich.

Obertribunal-Entscheidung vom 7/10. Juli 1875 in Sachen Blauw c. Stadtgemeinde Saulgau.

30) **Ein die Errichtung einer Realdienstbarkeit bezweckender Vertrag, welcher der gerichtlichen Bestätigung ermangelt, bildet keinen Putativtitel für die ordentliche Ersitzung.**

Die Beklagten haben geltend gemacht, daß das von ihnen in Anspruch genommene Dienstbarkeitsrecht jedenfalls durch ordentliche Ersitzung erworben worden sei. Sie behaupten nemlich, daß ihnen in dem Rechtsgeschäfte vom 12. Novbr. 1841 (welches die vertragsmäßige Constituirung der streitigen Realdienstbarkeit bezweckte) wenigstens ein putativer Rechtstitel zur Seite stehe. Allein dieses Rechtsgeschäft

war wegen nicht erfolgter gerichtlicher Bestätigung ungültig. Hielten die Besitzvorgänger der Beklagten und sie selbst es für gültig, so war dies ein Rechtsirrthum; ein Irrthum, der nur in ihrer Unkenntniß von der Nothwendigkeit der gerichtlichen Bestätigung seinen Grund haben konnte. Ein solcher Rechtsirrthum, vermöge dessen eine nicht vorhandene giltige Erwerbsthatsache als vorhanden vermeint wird, kann, wenn es sich um das Vorhandensein eines Putativtitels handelt, nicht in Betracht kommen[9] und das Obertribunal hat deßhalb schon wiederholt angenommen[10], daß ein derartiger Vertrag, welcher die gerichtliche Bestätigung nicht erhalten hat, einen putativen Titel nicht zu begründen vermöge.

Obertribunalentscheidung vom 10. Juli 1875 in Sachen Blauw und Gen. c. Saulgau.

31) Verkauf aus Einer Hand im Sinne des Liegenschaftsgesetzes.

In den Artikeln 6—11 des Gesetzes vom 23. Juni 1853 sind besondere Bestimmungen bezüglich der Fälle getroffen, wenn ein oder mehrere Grundstücke im Flächengehalt von mindestens 10 Morgen aus Einer Hand verkauft werden. Was unter „Verkauf aus Einer Hand" zu verstehen sei, ist im Gesetze selbst nicht definirt. In dem hier

---

[9] Vangerow, Pandekten 6. Ausgabe § 319 Anm. Bd. I S. 674, Windscheid, Pandekten, §. 178; Savigny, System Bd. III S. 372, 374; Puchta, Vorlesungen, Bd. I §. 157, Seuffert, Archiv Bd. I Nr. 405.

[10] z. B. in Sachen Müller c. Bruder Erkenntniß vom 15. Juni 1861; publicirt in Tafel's Rechtssprüchen Bd. V S. 202. Mit dieser Entscheidung steht das in Hufnagels Mittheilungen Neue Folge S. 103 ff., Seufferts Archiv Bd. II Nr. 138 mitgetheilte Obertribunal-Erkenntniß v. 8. Nov. 1844 keineswegs im Widerspruch; denn in diesem letzteren Falle hat es sich nicht um einen Rechtsirrthum, sondern um die irrthümliche thatsächliche Annahme gehandelt, es sei in Ansehung eines ohne obrigkeitliches Dekret veräußerten Pupillenguts die fehlende Genehmigung nachträglich eingeholt worden.

mitzutheilenden Rechtsfalle ist diese Frage auf folgende Art entschieden worden: Jakob V. besaß mehrere unter sich zusammenhängende Grundstücke im Flächengehalte von über 17 Morgen und hatte dieses Besitzthum als Ganzes schon zweimal verkauft. Nachdem auch der zweite Verkauf durch Ausübung des Reurechts sich wieder aufgelöst hatte, kontrahirte er mit dem Generalbevollmächtigten des Fürsten von B. in der Art, daß ein Verkaufsinstrument über 9 Morgen 34 Ruthen, ein anderes über den Rest des fraglichen Besitzthums mit circa 8 Morgen aufgenommen und daß in beiden Verträgen auf das Reuerecht Verzicht geleistet wurde. Da nichtsdestoweniger der Verkäufer V. das Recht der Reue für sich in Anspruch nahm, so wurde von käuferischer Seite Klage auf Vertragserfüllung erhoben. Das Obertribunal wies jedoch in Uebereinstimmung mit dem Richter I. Instanz, der Civilkammer des Kreisgerichtshofs in Hall, diese Klage ab, weil es annahm, daß dem Verkäufer das Reuerecht kraft Art. 8 des Liegenschaftsgesetzes zugestanden habe und es besagen seine Entscheidungsgründe:

Unbestritten ist, daß der dem Beklagten gehörige, aus den Parzellnummern 244, 245, 247 und 248 bestehende Grundbesitz ein zusammenhängendes Ganzes bildet und einen Flächengehalt von 17 5/8 Morgen 41,4 Ruthen einnimmt. Unbestritten ist ferner, daß der Beklagte am 18. Juli 1874 und sodann am 23. desselben Monats zwei Verkäufe abgeschlossen hat, welche beide die Veräußerung jenes gesammten Besitzthums bezweckten. Endlich ist außer Streit, daß am 27. des gleichen Monats, nachdem diese Verträge sich wieder aufgelöst hatten, der klägerische Generalbevollmächtigte einem seiner Bediensteten den Auftrag ertheilte, mit dem Beklagten über einen Theil, nöthigenfalls auch über das Ganze des Besitzthums einen Kauf abzuschließen. Wenn nun in Folge hievon die Veräußerung des ganzen Areals zu Stande kam, sofern der Beklagte, wie durch die vorliegende Urkunde konstatirt ist, am

27. Juli 1874 Abends 6 Uhr zwei den Verkauf seines gesammten Besitzthums an den Kläger enthaltende Vertragsinstrumente unterzeichnet hat, welche späterhin die Einwilligung des Letzteren erhielten; wenn man ferner berücksichtigt, daß diese Verkäufe zwischen den nemlichen Personen und in kürzester Zeitfrist abgehandelt und mit gegenseitiger Beziehung, unter den gleichen Bedingungen und über eine Liegenschaft abgeschlossen wurden, deren gleichzeitige Veräußerung als Ein Ganzes ihrer zusammenhängenden Lage wegen geboten erschien, so ist nicht anders anzunehmen, als daß der Beklagte die beiden in Rede stehenden Verträge in Ausführung seiner Absicht, seinen gesammten Liegenschaftsbesitz zu veräußern, eingegangen hat, während zugleich den Einräumungen der klagenden Partei zu entnehmen ist, daß ihr diese Absicht des Beklagten bekannt war. Damit sind aber die Voraussetzungen erfüllt, welche Art. 6 des Gesetzes vom 23. Juni 1853 in Absicht auf die Verkäufe aus Einer Hand aufstellt.[11] Zwar wird von klägerischer Seite das Zutreffen dieser Gesetzesstelle geläugnet, weil zwei selbstständige Verträge je über einen 10 Morgen nicht erreichenden Besitz abgeschlossen worden seien, sofern erst nach vollständigem Abschluß des Vertrags über den größeren 9 Morgen 34 Ruthen enthaltenden Theil des Areals auch bezüglich des Rests desselben die Verhandlung eröffnet und hierauf erst die 2te Vertragsurkunde vom Beklagten unterzeichnet worden sei. Allein diesem Vorbringen steht die Thatsache gegenüber, daß der Beklagte sein ganzes Areal zu veräußern beabsichtigte, daß dies der klägerischen Partei bekannt war und daß jene Veräußerungsabsicht in einer und derselben fortgesetzten, in ihrem Verlauf nicht unterbrochenen Verhandlung zur Ver-

---

[11] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851 — 53 6ter Protokollband S. 4384 ff. und namentlich S. 4392; Verhandlungen der Kammer der Standesherrn von 1851 — 53 3ter Beil.-Band S. 760; Fecht, Liegenschaftsgesetz S. 16—17.

wirklichung gelangt ist. Wenn daher auch, statt hiernach Ein Kaufsinstrument über das ganze aufzusetzen, zwei verschiedene Vertragsurkunden geschrieben wurden, so folgt hieraus ebensowenig, daß der Beklagte seinen gesammten Besitz nicht aus einer Hand verkaufen wollte und verkauft hat, als ein derartiger Schluß bei Versteigerungen gerechtfertigt wäre, welche aus der Hand eines und desselben Besitzers, aber an verschiedene einzelne Käufer eine Grundfläche von zusammen mehr als 10 Morgen zur Veräußerung bringen.[12]

Obertribunalentscheidung vom 6. Sept. 1875 in Sachen Bentheim c. Vogelmann.

32) Liegenschaftsgesetz; Beurtheilung eines in zwei Abschnitte zerfallenden Versteigerungsprotokolls.

In einem „Zweiflingen den 25. Mai 1874" überschriebenen Versteigerungsprotokolle ist gesagt, daß Chr. Steinhardt beabsichtige, seine sämmtliche Liegenschaft im öffentlichen Aufstreich zum Verkauf zu bringen; es folgen hierauf die Verkaufsbedingungen, dann die Beschreibung der Objekte mit den darauf erfolgten Einzelgeboten und schließlich ein Angebot des A. Kocherthaler auf die gesammte Liegenschaft. Dieses Protokoll füllt gerade drei zusammengeheftete Bogen; auf einem nun folgenden mit anderem Faden angehefteten Bogen findet sich eingetragen: Beim 2. Aufstreich am 19. Juni 1874 verblieb die gesammte vorbeschriebene Liegenschaft unter obigen Bedingungen dem A. Kocherthaler um die Summe von 1425 fl.", worauf die Unterschriften der Kontrahenten und Urkundspersonen folgen. Dieser Kauf wurde von dem Verkäufer als dem Liegenschaftsgesetze widersprechend angefochten: die bloße äußerliche Verbindung der Kaufsurkunde vom

[12] Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1851 — 53. 6. Protokollband S. 4392.

19. Juni 1874 mit dem Verſteigerungsprotokoll vom 28. Mai 1874, wie ſie jetzt ſich darſtelle, ſei nicht maßgebend für die Zeit des Kaufs; es werde beſtritten, daß erſtere Urkunde ſchon zur Zeit ihrer Unterzeichnung an die andere angeheftet geweſen ſei; der im erſten Verſteigerungsprotokolle angegebene Ort des Aufſtreichs und die dort enthaltene Liegenſchaftsbeſchreibung könne alſo nicht auf das zweite Protokoll bezogen werden, welches ſomit keine Bezeichnung des Vertragsortes und der Vertragsobjekte enthalte. Die Civilkammer des Obertribunals verwarf dieſe Klage aus folgenden Gründen:

Die Urkunde vom 19. Juli 1874 kündigt ſich mit den Worten: „beim 2. Aufſtreich“ „vorbeſchriebene Liegenſchaft“ „obige Bedingungen“ als die Fortſetzung eines vorangegangenen erſten Verſteigerungsprotokolls an. Da nun das Protokoll vom 25. Mai 1874 an ſeinem Schluſſe auf eine ſolche künftige Fortſetzung, zu welcher das Papier keinen Raum mehr bot, hinweist, und die in beiden Urkunden als verſteigert bezeichnete Liegenſchaft die gleiche iſt, ſo kann es ſchon nach dem Inhalte dieſer Urkunden keinem Zweifel unterliegen, daß das vorliegende Protokoll vom 25. Mai 1874 gerade dasjenige iſt, worauf das aus erklärlichen Gründen auf einen weiteren Bogen geſchriebene Protokoll vom 19. Juli 1874 nach dem übereinſtimmenden Willen der unterzeichnenden Kontrahenten (wie der beurkundenden Behörde) Bezug nimmt. Dieſer Wille hat für Jeden, dem beide Schriftſtücke vorliegen, in denſelben einen unzweideutigen Ausdruck gefunden. Iſt dem aber ſo, dann bilden beide Schriftſtücke, auch wenn ſie zur Zeit der Unterzeichnung des zweiten noch nicht räumlich verbunden waren, nach allgemeinen Grundſätzen, welche in dieſer Beziehung auch durch das Geſetz vom 23. Juni 1853 nicht modificirt worden ſind, in rechtlichem Sinne nur Eine Urkunde und es kann hieran nichts ändern, daß nach dem gedachten Geſetz anders entſchieden werden müßte in Fällen, in welchen die Beziehung der einen Urkunde auf die andere in deren

Inhalt nicht zu entschiedenem Ausdruck durch den verurkundeten Willen der Kontrahenten gekommen ist. Wenn demnach der Akt vom 19. Juni 1874, als die Fortsetzung, aus dem vorangegangenen Theile, dem Protokoll vom 25. Mai 1874, zu ergänzen ist, so fehlt es weder an einer genügenden Bezeichnung der Vertragsobjekte, noch an derjenigen des Vertragsortes.

Obertribunalentscheidung vom 24. Sept. 1875 in Sachen Stein c. Kocherthaler.

33) Liegenschaftsgesetz; Gültigkeit des Kaufs trotz fehlerhafter Bezeichnung des Kaufsobjekts.

In einem am 30. Januar 1875 abgeschlossenen Kaufvertrage war gesagt: „Karl K., Metzger und Wirth, verkauft an Ernst R., Rothgerber, den im Gebäudekataster als Eigenthum des Verkäufers beschriebenen Antheil an dem Hause Nro. 667 in der Langengasse ganz in derselben Weise und in dem Umfang, wie Verkäufer das Hausanwesen besessen hat um die Summe von 6100 fl." Das unter Nr. 667 eingetragene Haus gehörte jedoch nicht dem K., sondern einem Dritten, und die Kontrahenten waren einig darüber, daß sie nicht über dieses, sondern über das dem K. gehörige, unter Nr. 677 eingetragene Haus einen Kauf haben abschließen wollen. Da R. sich dieses Formfehlers halber weigerte, den Vertrag anzuerkennen, so erhob K. Klage auf dessen Erfüllung, mit der er jedoch von der Civilkammer des Kreisgerichtshofs in T. abgewiesen wurde, weil der wirkliche Vertragsgegenstand in erster Linie gar nicht, jedenfalls aber unrichtig bezeichnet worden sei und weil diese falsche Bezeichnung nicht in einem Schreibfehler, sondern in der irrigen Meinung der Kontrahenten, das Haus sei im Gebäudekataster unter Nr. 667 eingetragen, ihren Grund habe. Das Obertribunal änderte dieses Urtheil ab aus folgenden Gründen:

Zur Zeit des Kaufs besaß der Beklagte, dieß ist un-

bestritten, nur ein Haus in Tübingen. Ob er früher, vor 1850 ein anderes Haus daselbst besessen hat, ist gleichgültig, weil sich die Beantwortung der Frage, welches Haus das verkaufte sei, nur nach den Verhältnissen, wie sie zur Zeit des Verkaufs bestanden, entscheiden kann. Da hiernach der Beklagte nur ein Haus besaß, so konnte im Gebäudekataster auch nur ein Haus als Eigenthum desselben beschrieben sein und da die Vertragsurkunde vom 30. Jan. 1875 auf dieses Kataster Bezug nimmt, „den im Gebäudekataster als Eigenthum des Verkäufers beschriebenen Antheil an dem Hause Nr. 667 in der Langengasse" als verkauft bezeichnet, so konnte an der Hand dieser Hinweisung und der leicht und mit Sicherheit auffindbaren einzigen Beschreibung im Grundkataster mit Bestimmtheit entdeckt werden, welcher Hausantheil verkauft worden sei. Ueberdies ist durch die weiteren Angaben in der Urkunde, der Käufer sei zur Zeit als Pächter in dem verkauften Hause, betreibe in demselben eine Wirthschaft, in dem Hause befinde sich eine Metzig . . . . . mit aller Bestimmtheit ausgedrückt, welcher Hausantheil gemeint war. Jeder, der an diese Angaben sich haltend, in der Langengasse zu Tübingen nach dem betreffenden Hause fragte, mußte das Haus auffinden, woraus sich ergibt, daß dasselbe in der Urkunde mit genügender Bestimmtheit bezeichnet war. Zwar ist in der Urkunde eine unrichtige Hausnummer angegeben, welche der im Kataster verzeichneten nicht entspricht. Allein die vorhin erwähnten Erkennungsmerkmale stehen zu der unrichtig angegebenen Hausnummer in einem solchen Verhältniß, daß kein verständiger Mensch sich durch letztere wird irre machen lassen . . . . . Ebenso kann trotz dieser unrichtigen Angabe jedermann im Grundkataster die dort eingetragene Beschreibung des fraglichen Hauses sicher auffinden und sich dadurch überzeugen, welches Haus den Vertragsgegenstand gebildet hat. Jene in der Urkunde angegebenen Merkmale sind aus der Wirklichkeit gegriffene Umstände, sie geben den Ausschlag, vor ihnen muß die Bezeichnung

der Hausnummer zurücktreten und als dasjenige sich darstellen, was sie ist, als eine irrige Angabe. Aus diesen Gründen ist durch die Kaufsurkunde vom 30. Jan. 1875 den Anforderungen des Liegenschaftsgesetzes Genüge geleistet.[13]

Obertribunal-Entscheidung vom 2. Juli 1875 in Sachen Kreß c. Reichle.

34) Rechtsverhältnisse aus einem Mandat; Klagerechte des Auftraggebers.

Dem Gemeinderath Leonhard Gramm war von der Unterpfandsbehörde die Weisung ertheilt worden, das von dem jetzigen Beklagten Löb Marx und David Gramm zugesagte Darlehen zu erheben und hievon die ihm verzeichneten Schulden des Letzteren, für welche der jetzige Kläger Epple sich verbürgt hatte und unter denen auch eine Forderung des J. Mosbacher mit 1000 fl. sich befand, zu bezahlen. Leonhard Gramm hat diese Weisung, welche die Liberation des Bürgen Epple dem Gläubiger Mosbacher gegenüber zur Folge gehabt hätte, nicht vollständig ausgeführt, sondern mit dem Versprechen des Beklagten Marx, die Mosbacher'sche Forderung direkt aus seinem Darlehen bezahlen zu wollen, sich begnügt. Dieses Versprechen wurde nicht erfüllt. Dadurch kam es, daß Epple als Bürge die Mosbacher'sche Forderung zu bezahlen und schließlich (nach Abzug des im David Gramm'schen Gante Geretteten) einen Verlust von 854 fl. zu erleiden hatte. Den Ersatz desselben klagte Epple theils als Cessionar des Leonhard Gramm, theils in eigenem Namen gegen Marx ein, weil dieser im Widerspruch mit seiner dem Leonhard Gramm gegebenen Zusage den Mosbacher nicht um die genannten 1000 fl. befriedigt habe, wogegen der Beklagte einwendete, daß es dem Kläger in jeglicher Richtung an der Legitimation zur Klage fehle, da die fragliche Zusage

[13] Zu vergleichen Württ. Archiv Bd. 16, S. 295.

dem in amtlicher Eigenschaft handelnden Leonhard Gramm gegeben worden sei, auch dieser keineswegs beabsichtigt habe, die Geschäfte des Klägers zu führen.

Die Civilkammer des K. Obertribunals sprach sich über den Rechtsfall folgendermaßen aus:

Wenn Leonhard Gramm mit dem Versprechen des Beklagten, die Mosbacher'sche Forderung direkt aus seinem Darlehen zu bezahlen, sich begnügte, so handelte er hiebei außerhalb der Grenzen der ihm ertheilten amtlichen Weisung und es konnte daher hiedurch ein privatrechtliches Vertragsverhältniß zwischen ihm und dem Beklagten begründet werden. Indem er aber die Vollziehung eines Geschäftes, das er selbst auszuführen übernommen hatte, von dem Beklagten sich versprechen ließ, hat er diesem einen Auftrag ertheilt. Dieser Auftrag betraf nicht eine eigene Angelegenheit des Leonhard Gramm, sondern die Angelegenheiten dritter Personen und zwar, wie der Beklagte Marx aus dem von ihm eingesehenen Schuldenverzeichnisse entnehmen konnte und mußte, nicht blos des Schuldners David Gramm, sondern zugleich der auf Befriedigung dringenden Gläubiger und insbesondere des J. Mosbacher, somit auch derjenigen, welche diesem für seine Forderung von 1000 fl. hafteten, also gerade des Klägers Epple [14]. Mann kann nun dahingestellt sein lassen, ob Marx, wenn er den Auftrag annahm und sich, wie behauptet ist, dem Leonhard Gramm verpflichtete, dies zu-

[14] Darauf ob Leonhard Gramm wußte, daß es sich schließlich bei der Befriedigung Mosbachers nicht sowohl um dessen, als vielmehr um des Klägers (des Bürgen) Interesse handle, konnte es nicht ankommen: Denn wenn nur Jemand überhaupt fremde Geschäfte führen will, so hindert ein Irrthum über die Person des Geschäftsherrn die Entstehung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten zwischen ihm und dem wirklichen Geschäftsherrn (Epple) jedenfalls dann nicht, wenn dessen und des vermeintlichen Geschäftsherrn (Mosbacher) Interessen die gleichen sind, siehe Windscheid, Pandekten § 431 Not. 9.

gleich im Hinblick auf Mosbacher, beziehungsweise Epple oder aber lediglich im Hindlick auf den Auftraggeber (Leonhard Gramm) gethan hat und ob auch im letzteren Falle den Geschäftsherrn (d. i. Mosbacher und Epple) eine direkte Klage auf Vollendung des übernommenen Geschäfts nud des von ihnen durch die Nichtausführung erlittenen Schadens zugestanden hätte, wie der vorige Richter angenommen hat[15]; denn jedenfalls wurde Beklagter durch die Annahme des Auftrags und sein Versprechen dem Leonhard Gramm (aus dem Mandate) haftbar. Dessen Interessefordernng aber ist, wenn er auch kein eigenes pekuniäres Interesse an der Vollziehung des Auftrags durch Marx hatte, dadurch begründet, daß er, indem er in dem Interesse eines Dritten (des Mosbacher bezw. Epple) mit Marx kontrahirte, das Interesse dieses Dritten zu dem seinigen gemacht hat, so daß der diesem Dritten zugehende Nachtheil den Inhalt seiner Interessenforderung bildet.[16] Will man nun auch dieses eigene Klagerecht des Auftraggebers (Leonhard Gramm) auf den Umfang seiner Haftbarkeit gegenüber dem Geschäftsherrn beschränken, (l. 28 Dig. neg. gest. (3,5) „quantum is Sejo praestare debet") so ist er doch auf alle Fälle, auch wo eigene Verschuldung bei der Geschäftsführung nicht in Frage kommt, demjenigen, dessen Geschäfte er durch die Auftragertheilung führte, zur Klageabtretung verpflichtet, (l. 21 § 3 Dig. neg. gest. 3,5) eine Verbindlichkeit, welche, wenn sie zum Nachtheile des Geschäftsherrn vereitelt wird, schließlich die Haftung des Auftraggebers (Leonhard Gramm) mit seinem eigenen Vermögen herbeiführen müßte. Dieser muß daher auch befugt sein, mit der Mandatsklage das Interesse des Dritten (des

---

[15] Thibaut, civ. Abhandlungen (Heidelberg 1814) Nr. 20; Windscheid, Pandekten §. 431 Nr. 5.

[16] l. 14 Dig. si quis cautionem (2, 11), l. 6 §. 4, vergl. mit l. 8 §. 3 Dig. mandati (17, 1), Windscheid, Pandekten §. 258 Nr. 19, Glück, Comm. Band 15 S. 249.

Epple) gegen denjenigen, welchem er den Auftrag ertheilt hat, ſelbſt zu verfolgen, ſo zwar daß er das Erſtrittene —an Stelle der Klage, die er nicht mehr abtreten kann — dem Dritten herauszugeben hat. Da nun Kläger die dem L. Gramm aus dem fraglichen Auftrag erwachſenen Klagerechte gegen Marx abgetreten erhalten hat, ſo iſt er berechtigt, ſein Intereſſe an Vollziehung des Auftrags und Erfüllung des Verſprechens geltend zu machen, wornach ſich die Verurtheilung des Beklagten zu dem eingeklagten Betrag im Weiteren von ſelbſt ergibt.

Obertribunal-Entſcheidung in Sachen Marx c. Epple vom 9. Oktober 1874.

35) Veräußerung einer Brandentſchädigungsforderung ohne glechzeitige Veräußerung der betreffenden Bauſtelle.

Der Art. 37 des Geſetzes vom 14. März 1853 betreffend die veränderte Einrichtung der allgemeinen Brandverſicherungsanſtalt beſtimmt, daß eine Brandentſchädigung mit der Bauſtelle als ein mit derſelben verbundenes und den Werth des zerſtörten Gebäudes vertretendes Recht unter der Bedingung des Wiederaufbaues frei veräußert werden könne. Hieraus wurde in einem bei dem Obertribunal anhängigen Rechtsſtreit die Einwendung abgeleitet, daß, da der Brandbeſchädigte zuerſt ſeine Bauſtelle verkauft und erſt hernach (übrigens an die gleiche Perſon) auch ſeine Brandentſchädigung veräußert habe, dieſer letztere Vertrag, auf deſſen Erfüllung geklagt wurde, rechtlich unwirkſam ſei. Dieſe Einwendung wurde folgendermaßen verworfen:

Der Gültigkeit der Abtretung der Brandentſchädigungsforderung des Klägers an den Beklagten ſteht der Umſtand nicht im Wege, daß dieſe Abtretung nicht in einem Akte mit der Veräußerung der Brandſtelle an den Beklagten, ſondern erſt zu ſpäterer Zeit erfolgt iſt, nachdem der letztere von der Brandverſicherungsanſtalt mit ſeinem Geſuch, die Entſchädigungsſumme auf einen anderen Bauplatz ver-

wenden zu dürfen, abgewiesen worden war. Wie sich lediglich kein Grund absehen läßt, welcher den Gesetzgeber hätte bestimmen sollen, die gleichzeitige Veräußerung beider Objekte für eine Voraussetzung der Gültigkeit derselben zu erklären, so nöthigen auch die Worte des Art. 37 des Gesetzes vom 14. März 1837 nicht zu der Auslegung, daß die Veräußerung beider Objekte auch an denselben Erwerber nur in einem Akte, in einem und demselben Rechtsgeschäfte statthaft sein solle; vielmehr lassen jene Worte ganz wohl den mit den übrigen einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes, wie solche in den vorhergehenden Artikeln 33—36 zusammengestellt sind, vereinbaren Sinn zu, daß, da die Brandentschädigungsgelder regelmäßig zur Wiederherstellung der zerstörten Gebäude verwendet werden müssen, einer Veräußerung der Entschädigungsforderung an die Brandversicherungskasse alsdann Folge gegeben werden dürfe, wenn die Brandstätte und die Entschädigungsforderung in einer Hand verbunden sich befinden, ohne daß die Art und Weise, in welcher diese Erwerbung etwa vor sich zu gehen habe, irgendwie durch jenes Gesetz näher bestimmt werden wollte und bestimmt worden ist.

Obertribunalentscheidung in Sachen Uebele c. Bayer vom 1. Oktober 1875.

36) Ist schriftliche Abfassung im Sinne des Liegenschaftsgesetzes für die Verträge über Abtretung von Brandentschädigungen erforderlich?

Mit der Annahme, daß eine Brandentschädigungsforderung auch nach dem Verkauf der Baustelle noch gültig cedirt werden könne (zu vergl. die vorhergehende Ziffer), fällt auch die Einwendung dahin, daß die Abtretung der im Streit befindlichen Entschädigungsforderung, da dieselbe nur als Bestandtheil des zwischen den Parteien über den Ankauf der Brandstätte abgeschlossenen Kaufvertrags statthaft gewesen wäre, nach Maßgabe des Gesetzes vom 23. Juni 1853 Schriftlichkeit zu ihrer Gültigkeit erfordert

hätte. Letzteres Erforderniß trifft, da im vorliegenden Falle die Abtretung der Entschädigung als ein selbstständiges, nicht etwa nur einen integrirenden Bestandtheil jenes Kaufvertrags bildendes Rechtsgeschäft erscheint, deßhalb nicht zu, weil das Gesetz zwar die aus dem Versicherungsvertrag begründete Entschädigungsforderung gewissen Beschränkungen im Verkehre unterworfen, nicht aber ihre rechtliche Natur in der Weise umgestaltet hat, daß ihr die Eigenschaft eines Surrogats des abgebrannten Gebäudes im rechtlichen Sinne verliehen worden wäre, daß somit die Vorschriften des Liegenschaftsgesetzes auf sie, als mit dem abgebrannten Gebäude identificirt, Anwendung zu finden hätten.

Obertribunalentscheidung in Sachen Uebelen c. Bayer vom 1. Oktober 1875.

37) Bedingung der Verträge über Abtretung von Brandentschädigungen.

Der Art. 37 des Gesetzes vom 14. März 1853 bestimmt, daß Brandentschädigungen „unter der Bedingung des Wiederaufbaues" veräußert werden können. Damit ist eine Bestimmung dahin, daß dem Abtretungsvertrage selbst ausdrücklich die Bedingung beigefügt werden müsse, daß das abgebrannte Gebäude wieder aufzubauen sei, somit eine gesetzliche Formvorschrift für jenen Vertrag nicht gegeben. Das Gesetz wollte nichts Anderes aussprechen, als daß eine Brandversicherungsforderung ein von der Ueberbauung der Brandstätte abhängiger Anspruch sei und daher als solcher abgetreten werden könne. Es genügt also, wenn die Kontrahenten die fragliche Bedingung stillschweigend ihrem Cessionsvertrage zu Grunde legen.

Obertribunalentscheidung in Sachen Uebele c. Bayer vom 1. Oktober 1875.

38) Aquilische Klage wegen Körperverletzung; Einrede des Einverständnisses Seitens des Beschädigten.

Am Abend des 10. Mai 1873 hat der Beklagte Christian H. in der Wirthschaft des Weingärtners Stapf die

Explosion eines Käpselchens durch gewaltsames Anstoßen an eine Stuhllehne herbeigeführt. Durch ein abgesprungenes Stück der Kapsel wurde das rechte Auge der 27 Jahre alten Tochter des Stapf getroffen und in dem Maße verletzt, daß völlige Erblindung des Auges eintrat. Nach dem Zeugniß des einen Arztes ist die Erblindung der Verletzung mit einem Zündhütchenstück, nach dem Gutachten eines andern Arztes der Verletzung durch eine Dynamitkapsel zuzuschreiben. Auf Grund dieser Thatsachen wurde Namens der Friederike Stapf Schadenersatzklage gegen Christian H. erhoben, wogegen der Letztere einwendete, daß ihn an der Verletzung der Klägerin keine Schuld treffe da es sich nur von einem unglücklichen Zufall handeln könne; zudem habe Beklagter sein Käpselchen den Anwesenden gezeigt und den Vorschlag gemacht, es loszulassen, womit dieselben sämmtlich einverstanden gewesen seien, insbesondere auch Stapf und seine Tochter Friederike; die Letztere habe ihr Einverständniß zwar nicht ausdrücklich erklärt, aber sie habe gewußt, um was es sich handle, auch dem Vorhaben des Beklagten nicht widersprochen.

Dieser Einwendungen unerachtet verurtheilte das oberste Landesgericht, in Uebereinstimmung mit dem Richter I. Instanz, den Beklagten gemäß der Klage aus nachstehenden Gründen:

Der Erfolg, wie der Beklagte denselben zugibt, die Einräumung, das Käpselchen, das er zersprengen wollte, sei von nicht gewöhnlicher Größe gewesen, beweisen, daß sein Vorhaben ein gefährliches war, wie überhaupt solche Zündkapseln, wenn sie zerspringen und Stücke derselben die Umstehenden treffen, gefährlich zu werden pflegen. Dieß weiß Jedermann und konnte und mußte auch der Beklagte wissen. Hat er gleichwohl die in Rede stehende Zündkapsel auf die von ihm zugegebene sehr gewaltsame Weise, nemlich durch Stoßen gegen die Lehne eines Stuhls, ohne daß ein Bedürfniß und eine Veranlassung hiezu vorlag, in der Nähe der mit ihm an demselben Tische befindlichen

Personen zur Explosion gebracht, so hat er nicht mit der Bedachtsamkeit gehandelt, wie man es von einem vorsichtigen Manne zu erwarten hat und ist daher (nach dem Aquilischen Gesetze) verantwortlich. Es mag sein, daß solche Unvorsichtigkeiten nicht selten vorkommen und meistens unschädlich ablaufen; allein dies kann, wenn sie einmal von einem schädlichen Erfolge begleitet sind, der Verantwortung nicht überheben. Von der Unterstellung, daß die Beschädigte mit der beschädigenden Handlung des Beklagten einverstanden gewesen sei, kann keine Rede sein, indem zu einer diesfälligen ernstlichen Einwilligung, namentlich einer solchen im Sinne des Gesetzes vom 5. September 1839 (Art. 13) ungleich mehr gehören würde, als der Beklagte zu behaupten vermag. Nach seiner eigenen Einräumung kann er nemlich nicht behaupten, daß die Beschädigte ihr Einverständniß mit der Sprengung des fraglichen Zündkäpselchens ausdrücklich erklärt habe; im Uebrigen war sie zum Widerspruche nicht verpflichtet und ist von beklagter Seite nicht angegeben und begründet worden, inwiefern die Anwesenden, insbesondere Friederike Stapf ihr Einverständniß mit dem „Loslassen" der Zündkapsel zu verstehen gegeben haben sollen. Unter solchen Umständen erscheint die Annahme begründet, daß dem Beklagten die gewaltsame Sprengung dieser Kapsel zur Schuld anzurechnen ist .....

Obertribunalentscheidung vom 12. Juni 1874 in Sachen Hinderer c. Stapf.

39) Klagen auf Rückerstattung derjenigen Beträge, welche Expropriirte durch Entscheidung der Verwaltungsbehörden angeblich zuviel erhalten haben; Zuständigkeit der Civilgerichte.

Zum Zweck der Erbauung der Horb-Nagolder Eisenbahnlinie wurde dem Christian S. ein Theil seines Anwesens enteignet und hiefür von der Eisenbahnbaukommission nach Maßgabe des §. 30 der Verfassungsurkunde die Summe von 4270 fl. als Entschädigung bestimmt und

ausbezahlt. Da sich der Kläger hiemit nicht für genügend entschädigt erachtete, so erhob er gerichtliche Klage auf Nachzahlung eines weiteren Betrags von 4250 fl., welcher Klage die Eisenbahnbaukommission eine Widerklage entgegenstellte, darauf gerichtet, daß der Kläger denjenigen Betrag zurückzuerstatten habe, welcher sich nach dem Ergebniß der gerichtlichen Schätzung als von ihm zu viel empfangen herausstellen würde. Der Richter I. Instanz betrachtete einen Zuvielempfang nicht als nachgewiesen und wies daraufhin die Widerklage ab. In II. Instanz handelte es sich nun aber vornemlich darum, ob diese Klage formell zulässig sei oder nicht vielmehr, sofern sie die Anfechtung einer von den Verwaltungsbehörden getroffenen, also öffentlich rechtlichen Entscheidung bezwecke, vor die Administrativjustizbehörden gehöre. Ueber diesen Streitpunkt sprachen sich die oberstrichterlichen Motive folgendermaßen aus:

Daß auch der Staat, wenn im Falle der Expropriation Streit über die Entschädigungssumme entsteht, den Anspruch auf Rückerstattung eines zu viel bezahlten Betrages vor dem Civilrichter mittelst einer Widerklage verfolgen kann, wird von dem Widerbeklagten ohne genügenden Grund beanstandet. Die Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Summe der Entschädigung, von welcher im §. 30 der Verfassungsurkunde die Rede ist, hat nur den Charakter einer vorläufigen Maßregel, um der Entstehung eines Civilprozesses vorzubeugen. Zum Schutze des Eigenthumes ist dagegen einerseits im ersten Satze des genannten Paragraphen bestimmt, daß die Entscheidung über die Nothwendigkeit der Abtretung dem Geheimen Rathe zukomme und andererseits im zweiten Satze, daß Streitigkeiten über die Summe der Entschädigung im ordentlichen Rechtswege, vom Civilrichter, zu erledigen seien. Ein Streit über die Summe der Entschädigung liegt aber nicht bloß dann vor, wenn der Eigenthümer bei der ihm bezahlten Summe sich nicht beruhigt, weil er sie für ungenügend hält, sondern ebenso, wenn die Verwaltungsbehörde behauptet, daß die von

ihr bezahlte Entschädigung zu hoch bemessen sei, und wenn sie deßhalb den angeblich zu viel bezahlten Betrag zurückfordert[17]. Der Annahme, daß in dem obengenannten Fall nicht der Civilrichter zuständig, sondern der Streit vielmehr von der Verwaltungsjustizbehörde zu entscheiden sei, widerspricht auch, daß in dem citirten §. 30 nur von dem Geheimen Rathe, als der Behörde, welche über die Nothwendigkeit der Abtretung zu entscheiden hat, von der Verwaltungsbehörde, welche den einstweilen ohne Verzug auszubezahlenden Betrag festsetzt, sowie von dem Civilrichter die Rede ist, insofern die Erledigung eines Streits über die Entschädigungssumme im ordentlichen Rechtswege erfolgen soll; daß dagegen jede Hinweisung darauf fehlt, daß auch für eine Administratsjustizbehörde Raum zu einer Cognition bezüglich der Streitigkeiten über die Entschädigungssumme vorhanden sei. Die ausgesprochene Absicht, dem Eigenthümer im Rechtswege besonderen Schutz zu gewähren, spricht endlich gleichfalls dagegen, daß dann, wenn der Staat von demselben einen angeblich zu viel bezahlten Betrag zurückfordert, nunmehr die Verwaltungsjustizbehörde zu entscheiden habe, und nicht die Zuständigkeit des Civilrichters eintrete[18].

Obertribunalentscheidung vom 22/25. April 1873 in Sachen Sutter c. Eisenbahnbaukommission.

Es wird von Interesse sein, im Folgenden auch die Gründe kennen zu lernen, welche bei der Berathung des

---

[17] Würde in letzterem Falle der gerichtliche Weg abgesprochen, so gienge der Expropriat eines Theils des Rechtsschutzes verlustig, welchen die V. U. ihm einräumen will. Denn soll dieser Schutz in der Eröffnung des Rechtsweges bestehen, so muß letzterer konsequenterweise dem Expropriaten zu Gebot stehen, ob es für ihn um Klage oder Einrede, um die Forderung oder Vertheidigung von Rechten, um das Erlangen einer genügenden Entschädigung oder um das Behalten der ihm gebührenden, bereits ausbezahlten Entschädigungssumme sich handelt.

[18] Eine gewichtige Unterstützung dieser Ansicht liegt in den Verhandlungen über den bei den Ständen im Jahr 1836 eingebrachten Entwurf eines Expropriationsgesetzes. Dieser Gesetzentwurf stand

Rechtsfalles gegen die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte geltend gemacht worden sind:

Stellt man die Expropriation unter den Gesichtspunkt

---

durchaus auf dem Boden der Verfassungsurkunde und bezweckte nur nach einzelnen Richtungen hin eine legislative Entwicklung der durch §. 30 der V.-U. aufgestellten Grundsätze. Gleichwohl enthielt Art. 32 des Entwurfs die Bestimmung, daß auch die Verwaltungsbehörde, wenn der Eigenthümer wegen der ihm gebührenden Entschädigung den Rechtsweg betreten habe, von der Gerichtsstelle die Vornahme einer neuen Schätzung verlangen, überhaupt ihre Einwendungen gegen die von der Kreisregierung festgesetzte Entschädigungssumme geltend machen könne. Die Festsetzung dieser Summe war neml.ch nach Art. 6 des Entw. der Kreisregierung, als einer wesentlich mit administrativ richterlichen Attributen ausgestatteten Kollegialbehörde, übertragen worden. Obwohl hiemit die in der Verfassungsurkunde vorgesehene Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Entschädigungssumme einer Administrativjustizbehörde zugewiesen war, wurde dennoch die Betretung des Rechtswegs eventuell auch der Verwaltung eingeräumt und diesfalls in den Regierungsmotiven bemerkt, es werde sich von selbst rechtfertigen, daß wenn der Eigenthümer die richtige Bemessung der im Administrativverfahren festgesetzten Entschädigung vor Gericht in Frage stellt, hiedurch auch die öffentliche Verwaltung die Befugniß erhalte, die Einwendungen, denen ihr die administrative Festsetzung der Entschädigung zu unterliegen scheint, in ihrem Interesse geltend zu machen. s. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1836 Band 8 S. 22. Diese Vorschläge und Motive der Regierung habe die unbedingte Zustimmung beider Kammern gefunden. s. Verhandlungen der Kammer der Abg. Bd. 8, S. 247, Bd. 4 Sitzung vom 4. Mai 1836 S. 34, Verhandlungen der Kammer der Standesherrn Heft 6 S. 2052 und 2082.

Ueber die civilistische Bedeutung der in §. 30 der V.-U. erwähnten Entscheidung und Auszahlung hatte sich das Obertribunal in seiner oben mitgetheilten Entscheidung nicht auszusprechen, weil die angestellte Widerklage wegen mangelnden Beweises abgewiesen werden konnte. In einem in Tafels Rechtssprüchen Bd. VI S. 151 ff. abgedruckten Erkenntniß eines Gerichtshofs wird jene Bedeutung mit Unrecht darin gefunden, daß ein bloßes Vertragsoffert vorliege; man wird vielmehr den Ausspruch der Verwaltungsbehörde — civilistisch betrachtet — nur als ein Anerkenntniß auffassen können, so daß die auf Grund desselben geleistete Zahlung nach den Grundsätzen der condictio indebiti zurückgefordert werden könnte.

eines die Stelle eines Vertrages vertretenden Zwangskaufes, welcher, wenn die Parteien sich nicht über den Kaufpreis vertragsmäßig einigen, durch die gerichtliche Entscheidung über die Entschädigungssumme zur Perfektion gelangt, so wird allerdings dem Staat, wenn die von ihm gemäß dem §. 30 einstweilen ohne Verzug ausbezahlte Summe größer ist, als diejenige, welche durch das gerichtliche Urtheil festgestellt wird, ein Rückforderungsrecht hinsichtlich des Mehrbezahlten nach den Grundsätzen der condictio indebidi oder sine causa zugestanden werden müssen. Allein jene Auffassung der Enteignung ist nicht die richtige. Die Zwangsenteignung ist vielmehr ein einseitiger Akt der Staatsgewalt und das Institut derselben, sowie die Verbindlichkeit des Staates zur Entschädigung des Expropriirten beruht auf den hiefür geltenden besonderen Vorschriften des öffentl. Rechts, wie in den Gründen zu dem Erkenntnisse des Obertribunals vom 10/23. Juni 1870 ausgeführt ist[19]. Nach der dießfälligen Bestimmung des §. 30 der Verf.-Urk. ist, „wenn Streit über die Summe der Entschädigung entsteht, und der Eigenthümer sich nicht bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde beruhigen will, die Sache im ordentlichen Rechtswege zu erledigen, einstweilen aber die von jener Stelle festgesetzte Summe ohne Verzug auszubezahlen." Diese Bestimmung, deren Fassung und Wortlaut man als absichtlich gewählt und wohl überlegt anerkennen muß, schließt die Annahme aus, daß die von der Verwaltungsbehörde festgesetzte Summe ein bloßes Vertragsangebot sei, welches die Verwaltungsbehörde, wie jeder Vertragsproponent nach Willkühr und Belieben machen kann. Hiegegen spricht außer dem Wortlaut, insbesondere dem Ausdruck: „Entscheidung der Verwaltungsbehörde" auch der Umstand, daß die Summe, welche der Staat einstweilen ohne Verzug auszubezahlen verpflichtet ist, doch nicht von einer an sich unverbind-

[19] Zu vergleichen Württ. Gerichtsblatt Band III S. 314 ff., Band VIII S. 181, Seuffert, Archiv Band XXV Nr. 29.

lichen und rein willkürlichen Bestimmung abhängig gemacht sein kann. Dagegen entsteht immerhin noch die Frage, ob der erwähnten Entscheidung der Verwaltungsbehörde die Bedeutung eines einfachen Anerkenntnisses des Schuldbetrages zukomme und demgemäß die auf Grund dieses Anerkenntnisses geleistete Zahlung nach den Grundsätzen der condictio indebiti angefochten werden könne, oder ob dieser Entscheidung eine für die Summe, auf welche sie lautet, verpflichtende Bedeutung, die Bedeutung eines Administrativjustizurtheiles zukomme. Dafür nun, daß es sich dießfalls nicht bloß um ein Anerkenntniß, sondern um eine Feststellung der Verpflichtung des Staates, eine Entscheidung im eigentlichen Sinne handelt, welche von dem Fiskus im Rechtswege nicht angefochten werden kann, läßt sich zunächst die Bezeichnung des Aktes als „Entscheidung" anführen. Sodann ist nach dem Wortlaute des §. 30 der Verf.-Urk. ein Streit über die Entschädigungssumme nur dann im ordentlichen Rechtswege zu erledigen, wenn der Eigenthümer sich bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht beruhigt; und es ist auch in diesem Falle einstweilen die von der Verwaltungsbehörde festgesetzte Summe ohne Verzug auszubezahlen. Beruhigt sich dagegen der Eigenthümer bei der Entscheidung der Verw.-Behörde über die Summe der Entschädigung, was auch, ohne daß ein Vertrag zwischen ihm und dem Fiskus zum Abschlusse kommt, geschehen kann, so ist nach dem Wortlaute des §. 30 ausgeschlossen, daß die von der Verwaltungsbehörde gegebene Entscheidung über die Entschädigungssumme von dem Fiskus vor dem Civilrichter angefochten wird. Es kann überhaupt, wie die Anwendung des argumentum e contrario ergibt, ein Streit über die durch die Entscheidung der Verwaltungsbehörde festgesetzte Entschädigungssumme nur durch den expropriirten Eigenthümer an den Civilrichter gebracht werden.[20] Wäre auch dem

[20] Dies hat aber seinen Grund nur darin, daß derjenige, welcher sein Eigenthum abtreten muß, größere Begünstigung in Anspruch zu

Fiskus die Betretung des Rechtswegs gestattet, so stünde der Satz „und will sich der Eigenthümer bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht beruhigen," ganz überflüssig in dem Gesetze. Die Anwendung jenes arg. e contr. ist um so mehr zulässig, weil nach dem allgemeinen Grundsatze, daß die Entscheidungen der Administrativbehörden der Cognition der bürgerlichen Gerichte nicht unterliegen, die Bestimmung des §. 30 Satz 2 der Verfassungsurkunde als eine Ausnahme auf den speciell genannten Fall sich dadurch erklärt, daß dem Staatsbürger besonderer Schutz gegen Verletzungen bei Ausübung des staatlichen Hoheitsrechts der Enteignung gewährt werden sollte, ein Schutz, dessen der Staat gegen Entscheidungen seiner Behörden nicht bedarf.[21] Deßhalb ist eine analoge Anwendung der in §. 30 der Verf.-Urkunde zu Gunsten des Expropriirten getroffenen Bestimmung auf den Fall, wenn der Fiskus bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde, sich nicht beruhigen will unzulässig .... Akte der Verwaltungsbehörden, Verfügungen und Entscheidungen, welche von denselben innerhalb ihres gesetzlichen Wirkungskreises getroffen werden, können, sofern nicht eine besondere Ausnahme nachzuweisen ist, nur von den betreffenden höheren Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörden aufgehoben oder abgeändert werden. Die Zahlung, welche die Beklagte, Widerklägerin, zurückfordert, ist nach ihrer eigenen Darstellung auf Grund einer Entschädigung der Verwaltungsbehörde, gemäß dem §. 30 der Verfassungsurkunde geleistet worden. Daß aber einer der genannten Ausnahmsfälle vorliege und deßhalb der Civilrichter für die theilweise Rückforderung dieser Zahlung zuständig sei, ist nach Obigem nicht dargethan .....

---

nehmen hat, als derjenige, dem es abzutreten ist; daher denn auch Vorsorge dafür getroffen werden muß, daß der Expropriat nicht gegen seinen Willen von der Verwaltungsbehörde über das an sie abzutretende Eigenthum in einen Rechtsstreit verwickelt werden könne.

[21] s. dagegen Note 17.

40) Cirkulation von verſchloſſenen Papiergeldcouverten (oder Geldrollen); Rechtsfolgen bei uneröffneter Hingabe und Annahme derſelben; Haftung für nachträglich entdeckte Abmängel; Grund und Dauer dieſer Haftpflicht.

Von dem Stuttgarter Bankhauſe B. war bei einer ſeiner Geldablieferungen an die K. Staatshauptkaſſe in den Jahren 1866 und 1867 unter Anderem auch ein Papiergeldcouvert, welches in dieſem Bankhauſe gefertigt, gefüllt und geſiegelt worden war, der Staatshauptkaſſe übergeben worden. Das Couvert hatte die Ueberſchrift: „2000 fl. 4 Pak. à 500 fl. bad. und heſſiſches Papiergeld. Gebr. B. K. Staatshauptkaſſe hier.“ Ohne vorgängige Eröffnung kam das Couvert von der Staatshauptkaſſe, nachdem dieſelbe dem Bankhauſe B. für den Betrag von 2000 fl. quittirt hatte, an die Oberhofkaſſe und von letzterer an Hofkameralverwalter L., welcher daſſelbe einer Deputation der Gemeinde St. an Zahlungsſtatt ausfolgte. Nachdem die Deputation das fragliche Couvert uneröffnet angenommen, auch für die auf ihm angegebene Summe quittirt hatte, ergab ſich bei der einige Wochen hernach durch den Gemeindepfleger erfolgten Eröffnung deſſelben ein Abmangel von 1000 fl. Nunmehr erhob die Gemeinde St. gegen die K. Hofdomänenkammer Klage auf Erſatz des Mangels, mit der ſie denn auch in IIIter Inſtanz endgiltig obſiegte. Die Hofdomänenkammer, nachdem ſie die Urtheilsſumme bezahlt hatte, nahm ihren Regreß an die Staatshauptkaſſe, welch letztere dieſem Anſpruche ſtattgab, ſofort aber gegen Th. v. D. als Theilhaber des inzwiſchen aufgelösten Bankhauſes B. auf Erſtattung des erwähnten Abmangels gerichtliche Klage erhob. Die Klägerin behauptete, in dem Couvert haben ſich von Anfang an ſtatt 2000 fl. nur 1000 fl. befunden, hieraus folge die Erſatzpflicht des Beklagten von ſelbſt; dagegen beſtritt der letztere dieſen urſprünglichen Abmangel und machte außerdem geltend, das Couvert hätte

von der Klägerin sofort eröffnet und jedenfalls nicht uneröffnet weitergegeben werden sollen, auch müßte die Klägerin vor Allem das Rechtsgeschäft bezeichnen, welches der Hingabe des Couverts an sie zu Grunde gelegen habe, überdies aber könnte dem Beklagten nicht zugemuthet werden, Jahr und Tage lang für ein nachträglich in dem betreffenden Couvert entdecktes Manko zu haften.

Die Civilkammer des Obertribunals erkannte (wie der Richter Iter Instanz) zu Gunsten der Klägerin; sie nahm als thatsächlich festgestellt an, daß das in Frage stehende Couvert schon zur Zeit seiner Uebergabe an die Staatshauptkasse nur 1000 fl. enthalten habe und sprach sich sofort über die anderen Streitpunkte in folgender Weise aus:

I. Schon in den Jahren 1866/67 (wie heutzutage) bestund in der Verkehrswelt der Gebrauch, nicht nur Geldrollen, sondern auch verschlossene Papiergeldcouverte, welche mit dem Sigel und der Namensunterschrift der ausgebenden öffentlichen Kasse oder eines Bankhauses nebst der Inhaltsdeklaration versehen waren, auf Treu und Glauben uneröffnet anzunehmen und weiter zu geben. Die Existenz dieses Gebrauchs ist bereits in dem Vorprozesse anerkannt worden; beide Parteien hatten damals übereinstimmend erklärt, es sei im Verkehr gebräuchlich, daß öffentliche Kassen, Bankiers und dergl. versiegelte Couverte mit Papiergeld uneröffnet und ungezählt in gleicher Weise wie Geldrollen von einander annehmen . . . Auch das Zeugniß des (im Vorprozesse vernommenen) Sachverständigen M. spricht für die fragliche Usanz und die von ihm erwähnten Einschränkungen[21] beziehen sich nur auf gewöhn-

[21] Die betreffende Einschränkung, welche der Sachverständige machte, bestand im Wesentlichen darin, daß von öffentlichen Kassen, Bankhäusern u. s. w. herrührende Geldrollen oder Papiergeldcouverte der Regel nach nur von solchen Privatleuten uneröffnet angenommen werden, welche in einem größeren Geldverkehre stehen und das Geld wieder auf andere Kassen verbringen wollen.

liche Privatleute, von welchen es sich im gegenwärtigen Falle nicht handelt. Bestätigt wird die Usanz endlich noch durch die Zeugnisse der nachher [22] anzuführenden Gesetzgebungsarbeiten und Schriftsteller.

II) Ebensowenig läßt sich bezweifeln, daß das hier in Rede stehende Couvert nach seiner ganzen Beschaffenheit zu denjenigen Papiergeldcouverten gehört habe, welche uneröffnet angenommen und weiter gegeben zu werden pflegen. Hiefür kann schon die Thatsache angeführt werden, daß die uneröffnete Cirkulation des Couverts zwischen einer Reihe von öffentlichen Kassen stattgefunden hat, welche doch wohl mit den Verkehrsgebräuchen hinreichend bekannt waren. Auch der Sachverständige M. hat die Cirkulations-Bestimmung und Fähigkeit des vorliegenden Couverts weder wegen seiner äußeren Beschaffenheit noch wegen der darauf gesetzten Adresse „K. Staatshauptkasse" beanstandet, welch letztere keinenfalls als eine unzweideutige Kundgebung gegen die Zuläßigkeit der uneröffneten Weitergebung des Couverts aufgefaßt werden, vielmehr auch nur zu Bezeichnung des nächsten Empfängers, zu Verhütung von Verwechselungen durch das eigene Personal des ausgebenden Bankhauses und dergl. beigefügt worden sein konnte. Wollten die Gebrüder B. die uneröffnete Annahme und Weitergebung des Couverts verhindern und jede spätere Reklamation zum Voraus abschneiden, so stund es ihnen frei, auf dem Aeußeren des Couverts denselben Beisatz machen zu lassen, der sich auf der Einlage (2 Paketen württemb. 10 fl.-Scheine) befand und dahin lautete: „Bei Empfang sogleich nachzuzählen, indem nachher für den Inhalt nicht gehaftet wird."

III. Hiernach entsteht die weitere Frage, welches Rechtsverhältniß zwischen den Gebr. B. und der K. Staatshauptkasse durch die Hingabe und Annahme des Couverts geschaffen worden sei. In der Ueberschreibung des-

[22] Zu vergleichen die nächstfolgende Note.

ſelben mit den Worten „2000 fl. 4 Pak. à 500 fl. bad. und heſſ. Papiergeld" in Verbindung mit der Namenszeichnung „Gebrüder B." und der Siegelung des Couverts mit der abgekürzten Firma G. B. kann Angeſichts der erwähnten Verkehrsſitte nichts Anderes gefunden werden, als die Erklärung, das ausgebende Bankhaus übernehme die Garantie für die Richtigkeit des deklarirten Inhalts, das Bankhaus verlange nicht die ſofortige Eröffnung des Couverts und Nachzählung der Inlage, ſondern hafte (jedenfalls dem erſten unmittelbaren Empfänger, der Staatskaſſe) wenn ſich bei der früheren oder ſpäteren Eröffnung und Nachzählung die urſprüngliche Unrichtigkeit der Werthsdeklaration ergeben ſollte.[23]

IV. Der Beklagte bringt nun aber vor, der Klage ſtehe die Thatſache im Wege, daß die Klägerin das Rechtsgeſchäft, welches der Hingabe des Couverts an die Staatshauptkaſſe zu Grunde gelegen, nicht bezeichnen, ja nicht einmal behaupten könne, daß Gebrüder B. damals für eigene Rechnung gezahlt hätten. Auch dieſer Einwendung kann keine Folge gegeben werden.

Mögen die Gebrüder B. der Staatshauptkaſſe das Couvert für eigene oder fremde Rechnung übergeben haben, ſo haften ſie derſelben für die Richtigkeit der von ihnen bezeichneten Leiſtungsſumme. Erfolgte die Rechnung für eigene Rechnung der Gebr. B., ſo ergab ſich dieſe Haftung ſchon aus allgemeinen Rechtsgrundſätzen, ſei es nun, daß die Abſicht der Tilgung einer ſchon beſtandenen Schuld (solvendi causa) oder die

---

[23] ſ. Entwurf eines Hand.-Geſ.-Buchs für Württemberg Art. 313b—313c. Motive dazu S. 276—79; Sächſ. bürg. Geſetzbuch §. 987, Entwurf eines bürg. Geſetzbuchs für Sachſen §. 981 nebſt Motiven S. 216; Siebenhaar Lehrbuch des ſächſ. Privatrechts S. 557 und Note 4 daſelbſt; Goldſchmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. I. S. 1094 und Note 16 deſ. Gruchot, Lehre von der Zahlung der Geldſchuld S. 108—110, Buſch, Archiv des Handelsrechts Bd. 29 (Neue Folge Bd. 4) S. 343 ff.

Absicht für die Leistung eine Gegenleistung zu erlangen (credendi causa) den Bestimmungsgrund der Hingabe des Geldes gebildet habe und hiezu kam alsdann noch das in der Ueberschrift des hingegebenen Couverts enthaltene spezielle Garantieversprechen. Die Thatsache der Hingabe des Couverts mit dieser vertragsmäßigen Zusage beweist zugleich, daß das der Hingabe zu Grund gelegene Geschäft wirklich ein solches gewesen, welches die Haftung der Gebr. B. für die Richtigkeit des bezeichneten Geldbetrags mit sich brachte, wornach der Beklagte darzuthun gehabt hätte, daß die Leistung aus einem anderen, als aus einem der angeführten Gründe geschehen sei oder daß die Verpflichtung angefochten werden könne. Sollte die Uebergabe des Couverts für fremde Rechnung erfolgt und sollten deßhalb Gebr. B. an sich nicht in ein obligatorisches Verhältniß zu der K. Staatshauptkasse gekommen sein, so wäre letzteres dadurch bewirkt worden, daß Gebr. B. gleichzeitig in ihrem eigenen Namen jener Kasse das mehrerwähnte Garantieversprechen ertheilt haben, aus welchem sie (in Ermangelung besonderer Einrede oder Anfechtungsgründe) als Schuldner einstehen müßten.

V. Haben Gebr. B. der K. Staatshauptkasse bei Uebergabe des Couverts in den Jahren 1866/67 dafür garantirt, daß der Inhalt des Couverts mit dessen Deklaration übereinstimme und waren sowohl die erste Empfängerin als deren Nachmänner ermächtigt, das Couvert im Vertrauen auf die garantirte Inhaltsdeklaration uneröffnet anzunehmen und weiter zu geben und hat sich schließlich bei Eröffnung des Couverts im April 1867 herausgestellt, daß dessen Inhalt schon zur Zeit der Emission aus dem Geschäfte der Gebr. B. der Deklaration nicht entsprechen, sondern 1000 fl. in dem Couvert gefehlt haben müssen, so ist die Klägerin befugt, den Ersatz des ihr in Folge des erwähnten Verlaufs der Sache erwachsenen Schadens von Gebr. B., beziehungsweise von dem Beklagten zu fordern. Wenn hiegegen der Beklagte noch geltend macht, den Gebr. B. habe

nicht zugemuthet werden können, Jahr und Tage lang für ein etwaiges Manko zu haften, so ist anzuerkennen, daß, je länger die Cirkulation eines Papiergeldcouverts (oder einer Geldrolle) gedauert hat und je später reklamirt worden, um so strengere Anforderungen bezüglich des Beweises für das ursprüngliche Dasein eines Abmangels gestellt werden müssen, ein Grundsatz, welcher auch bei der gegenwärtigen Entscheidung volle Beachtung gefunden hat; dafür aber, daß anzunehmen sei, die Haftung des Deklaranten eines Papiergeldcouverts höre nach Ablauf eines bestimmten kürzeren Zeitraums (von Einem Jahr oder etwas darüber) überhaupt ganz auf, lassen sich weder in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen noch in der Verkehrssitte, noch in den besonderen Verhältnissen des gegenwärtigen Falles zureichende Anhaltspunkte finden.[24]

Obertribunalentscheidung vom 7. Mai 1875 in Sachen v. d. c. Staatskassenverwaltung.

41) Alimentationspflicht des Ehemanns bei faktisch getrennter Ehe; Verheimlichung wichtiger Thatsachen Seitens des Ehemanns als Entfernungsgrund der Ehefrau.[25]

Johannes B. war ohne auf sein württemb. Staatsbürgerrecht zu verzichten und ohne die Absicht der Auswanderung nach Amerika gereist und hatte sich dort am 11. April 1869 mit einer Amerikanerin Namens Anna Kirschwang ohne landesherrliche Erlaubniß trauen lassen. Noch im gleichen Jahre kehrte B. nach Europa zurück und wurde am 25. Januar 1870 mit seiner jetzigen Ehefrau Marianne, geborene W. kirchlich getraut. Da bald nach der Hochzeit verlautete, daß B. eine Frau in Amerika zu-

---

[24] Zu vergl. Gruchot l. c. S. 110 n. 78, Busch l. c. S. 348—349.

[25] Zu vergleichen Sarwey, Monatschrift Bd. VII S. 103 ff., Bd. XIV S. 41 ff., Württ. Archiv Bd. XIV S. 391—402.

rückgelaſſen habe, und da die B.'ſchen Eheleute der katholiſchen Confeſſion angehörten, ſo wurde von dem biſchöflichen Ordinariate in Rottenburg im Dez. 1871 wegen Verdachts der Bigamie das Nullitätsverfahren eingeleitet und unterm 26. Nov. 1872 das Urtheil gefällt, daß die Ehe des Johannes B. mit der Marianne W. propter impedimentum publicum bigaminis für null und nichtig zu erklären ſei, welches Urtheil in II. und III. Inſtanz (den erzbiſchöflichen Metropolitangerichten in Freiburg und Augsburg) ſeine Beſtätigung erhielt und wobei von den geiſtlichen Eherichtern die in der K. Verordnung vom 4. Sept. 1808 enthaltene Vorſchrift als den Beſtimmungen des für ſie allein maßgebenden kanoniſchen Rechts zuwider für in foro ecclesiastico nicht verbindlich und nicht maßgebend bezeichnet, übrigens für ſelbſtverſtändlich erklärt wurde, daß dieſe Entſcheidung ſich rein auf das geiſtliche Gebiet zu beſchränken habe und die bürgerlichen und politiſchen Rechtsfolgen unberührt bleiben.

Marianne B. hatte ſich am 1. Mai 1875 von ihrem Ehemann faktiſch getrennt. Schon zuvor, nemlich am 19. Dezbr. 1871 war ihr von Seiten des biſchöflichen Ordinariats die Auflage gemacht worden, jeden ehelichen Umgang mit Johannes B. abzubrechen; auch wurde dieſe Auflage ſpäter wiederholt und in dem Urtheil vom 26. Nov. 1872 ausgeſprochen, „daß jedes Zuſammenleben der anſcheinenden Ehegatten unerlaubt und unbedingt zu verbieten ſei."

Nach Fällung der Urtheile der geiſtlichen Ehegerichte machte die B. bei der Civilkammer des Kreisgerichtshofs in E. von den obigen Vorgängen Anzeige, indem ſie dieſem Gerichte anheimgab, darüber zu befinden, ob die erſte Ehe des Johannes B. für giltig zu erklären ſei. Die Civilkammer leitete in der auf dieſe Weiſe bei ihr angebrachten Ehediſſidienſache weitere Verhandlung ein, indem ſie ihre Zuſtändigkeit durch Art. 9 des Geſetzes vom 30. Januar 1862 für begründet anſah, weil dieſes Geſetz überall, wo die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Ehe nach einem von dem kirchlichen Geſetz abweichenden

Staatsgeſetz in Frage ſtehe, den bürgerlichen Richter für zuſtändig erkläre und erkannte ſofort unterm 29. Septbr. 1874 zu Recht, daß die am 11. April 1869 zwiſchen Johannes B. und S. A. Kirſchwang abgeſchloſſene Ehe wegen Mangels ſtaatlicher Erlaubniß von Rechtswegen für nichtig, dagegen die am 25. Jan. 1870 zu Elchingen zwiſchen Joh. B. und der Marianne geborene W. abgeſchloſſene Ehe von Rechtswegen für giltig zu erklären und demgemäß Joh. B. und Mar. B. anzuhalten ſeien, dem Staatsgeſetz gemäß ihr eheliches Zuſammenleben fortzuſetzen, auch daß dieſes Urtheil gemäß Art. 13. Abſ. 4 des Geſetzes vom 1. Mai 1855, §. 12 der Vollziehungsverfügung vom 5. Novbr. 1855 im Familienregiſter zu Elchingen einzutragen ſei.

Faſt gleichzeitig mit ihrer obenerwähnten Anzeige bei dem Ehegerichte erhob die Marianna B. bei dem Civilrichter für ſich und ihr Kind eine Alimentenklage gegen Johannes B., indem ſie behauptete, daß Letzterer, der das gemeinſchaftliche Vermögen in Händen habe, ihr gerechte Urſachen gegeben habe, ſich von ihm zu entfernen. Als ſolche Urſachen bezeichnete ſie außer thätlicher Mißhandlung das für ſie wichtige Verbot der geiſtlichen Behörden, den ehelichen Umgang mit dem Beklagten fortzuſetzen, ſowie den Umſtand, daß derſelbe durch Verſchweigen ſeiner mit der Kirſchwang eingegangenen Ehe, ſelbſt wenn dieſe nach dem Staatsgeſetze nichtig ſei, ſich eines Betrugs an der Klägerin ſchuldig gemacht, ſie dadurch in einen weſentlichen Irrthum verſetzt und ſo zur Ehe mit ihm verleitet habe.

Die Civilkammer des Kreisgerichtshofs in E. wies die erhobene Alimentenklage ab, indem ſie die Entfernung der Klägerin und ihres Kindes von dem Beklagten als berechtigt nicht anerkannte. Die von der geiſtlichen Behörde ergangene Anweiſung ſei nur dahin gerichtet geweſen, daß die eheliche Beiwohnung zu unterbleiben habe und nur für den Fall, daß dies unausführbar wäre ohne Entfernung, ſei die letztere angeordnet. Daß dieſe

Voraussetzung eingetreten sei, habe die Klägerin nicht zu behaupten vermocht. Ebensowenig habe sie behauptet, daß Beklagter je angegeben habe, er sei mit landesherrlicher Erlaubniß mit der ꝛc. Kirschwang getraut worden. Wußte die Klägerin nicht, daß ohne diese Erlaubniß eine von einem Württemberger im Ausland geschlossene Ehe nichtig sei, so könne ihr dieser Rechtsirrthum nicht zu Statten kommen. Das angebliche Verschweigen der stattgehabten kirchlichen Trauung des Beklagten mit der ꝛc. Kirschwang hätte nur dann einen Irrthum über wesentliche Thatsachen bewirken können, wenn jene Trauung rechtliche Folgen gehabt hätte; da sie indessen eine gültige Ehe nicht habe bewirken können, vielmehr nur die Ehe der Klägerin und des Beklagten gültig sei, so erscheine der behauptete Betrug und der dadurch bewirkte Irrthum als unerheblich und könne die Klägerin ihren Alimentenanspruch auch hierauf nicht stützen.

In der Berufungsinstanz wurde daran festgehalten, daß die Klägerin namentlich wegen Verschweigens der früheren Ehe des Beklagten gerechten Grund zur Entfernung von ihm erhalten habe, worauf die Civilkammer des K. Obertribunals der erhobenen Klage stattgab aus folgenden Gründen:

Unbestritten ist, daß der Beklagte, ehe er am 25. Jan. 1870 mit der Klägerin in Württemberg kirchlich getraut worden ist, schon am 11. April 1869 in Amerika mit Anna Kirschwang, wiewohl ohne staatliche Erlaubniß nach katholischem Ritus kirchlich getraut worden war. Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe ihr dieß vor und nach Eingehung der Ehe mit ihm verheimlicht und sie habe daher eine gerechte Ursache von ihm entfernt zu bleiben.

Ein rechtmäßiger Grund zur faktischen Trauung liegt dann vor, wenn das Verhalten des Ehemanns diese Trennung entschuldigt, die Motive derselben, die Anschauungen und Gefühle, aus denen sie hervorgegangen, sich nicht verwerfen lassen und hat der Beklagte die Klägerin hinsicht-

lich der Verehelichung in Amerika in der That im Unklaren gelassen, so hat er auf eine Weise an ihr gehandelt, welche sich durchaus nicht rechtfertigen läßt. Denn wenn jene in Amerika geschlossene eheliche Verbindung in Ermangelung der gedachten staatlichen Erlaubniß vor dem Gesetz auch rechtlich ungültig war, so läßt sich nicht verkennen, daß es für die Klägerin dennoch von großer Bedeutung war, vor dem Abschluß der Ehe mit dem Beklagten zu wissen, daß er bereits mit einer Anderen kirchlich getraut war und machte er ihr in dieser Beziehung nicht schon aus eigenem Antrieb die bestimmteste und unumwundenste Mittheilung, so hat er die Rücksicht verletzt, welche er in einer so ernsten Angelegenheit schon vom allgemeinen menschlichen Standpunkte aus unläugbar schuldig gewesen ist; solange es sich um faktische Trennung handelt, solange die begonnenen Ehedissidien dauern, ist daher anzuerkennen, daß in jenem Verschweigen und Verhalten des Beklagten für die Klägerin eine rechtmäßige Ursache ihrer Trennung liegen würde.

Der Beklagte hat in dieser Hinsicht angegeben, „er habe schon am Heirathstag zugestanden, daß er mit einer Amerikanerin in der Kirche getraut worden sei, aber schon damals seine Ansicht ausgesprochen, daß dies keine rechte Ehe gewesen sei . . . " dieß war keine unumwundene Mittheilung, wie sie der Beklagte der Klägerin schuldete. Er wußte den Sachverhalt ganz genau und er hat wider sein wahres Bewußtsein gesprochen, wenn er der Klägerin sagte, daß dies keine rechte Ehe in dem Sinne gewesen sei, welcher wie erwähnt für die Klägerin von großer Bedeutung war. Auch konnte eine Frauensperson von der Bildungsstufe der Klägerin, welche die diesfälligen Institutionen und Zustände in Amerika nicht kennt und nicht weiß, unter welchen Bedingungen dort eine Ehe gültig eingegangen ist oder nicht, durch einen solchen Ausspruch ihres Bräutigams, es sei keine rechte Ehe gewesen, leicht irregeführt und beschwichtigt werden. Anstatt daß der Beklagte die nackte Wahrheit gesagt hätte, war jener verhüllende

Ausspruch völlig geeignet, eine falsche Ansicht der Klägerin hervorzurufen und sie in derselben zu bestärken.

Nach dieser eigenen Angabe des Beklagten kann die Erklärung der Klägerin in dem Ehedissidienprozeß nicht in Betracht kommen, indem sich aus ihr nur soviel ergibt, daß die Klägerin von dem Beklagten aufmerksam gemacht, aber keineswegs in völlige Klarheit gesetzt war, wie sie denn auch nach dem Zeugnisse des Dekans beim Beginn der Untersuchung der Sache mehr nicht als einen Verdacht ausgesprochen hat. Unter solchen Umständen kann ferner aus jener Erklärung der Klägerin sowenig, als aus ihrem Verbleiben bei dem Beklagten bis zum 1. Mai 1872 ein Verzicht oder eine Verzeihung von ihrer Seite abgeleitet werden, da es ihr nicht verargt werden kann, wenn sie in dieser Lage der Ungewißheit nicht alsbald blos auf ihren Verdacht und die unbestimmten Aeußerungen des Beklagten hin denselben verlassen, sondern vorerst abwarten wollte, welches sichere Ergebniß in Folge der Untersuchungen der kirchlichen und weltlichen Behörden zu Tag treten werde Nachdem aber durch die bischöfliche Untersuchung zur vollen Gewißheit erhoben worden war, daß der Beklagte in Amerika sich kirchlich habe trauen lassen, erscheint die Klägerin als entschuldigt, wenn sie ihren Ehemann am 1. Mai 1872 verließ und sich faktisch von ihm trennte, weßhalb sie auch dieser Trennung unerachtet Alimente zu fordern berechtigt ist und im Eingehen auf die von ihr noch weiter geltend gemachten Verpflichtungsgründe ihres Ehemanns nicht geboten erscheint.[26]

Obertribunal-Entscheidung vom 27. Februar 1875 in Sachen B. c. B.

---

[26] Dieses Urtheil ist nicht mit Einstimmigkeit gefällt worden. Volle Uebereinstimmung herrrschte zwar darüber, daß das von der geistlichen Behörde erlassene Verbot des Zusammenlebens der Klägerin mit dem Beklagten für erstere keine sog. gerechte Ursache zur faktischen Trennung von ihrem Ehemann habe abgeben können, weil jenes Verbot lediglich aus einer mit dem Staatsgesetze widerstreitenden

42) Eigenſchaft eines Hauskinds; Rechtsgeſchäft zwiſchen Hausvater und Hauskind.

Auf Ableben der Ehefrau des Weingärtners Epple war Letzterem und ſeiner 50jährigen Tochter Gottliebin ein Garten in der Reinsburg je zur Hälfte als ungetheiltes Eigenthum zugewieſen worden. Dieſen Garten verkaufte Epple „mit Zuſtimmung ſeiner ledigen und volljährigen Tochter Gottliebin Epple“ an ſeinen Sohn Karl Chriſtian Epple (den Kläger) um die Summe von 2000 fl., wobei in den Kaufsbedingungen feſtgeſetzt wurde: „der Verkäufer, welcher in ſeinem unlängſt errichteten Teſtament obigen Garten, ſoweit er nicht bereits ihr Eigenthum iſt, ſeiner genannten Tochter Gottliebin als Prälegat verſchafft hat, überläßt dieſer Tochter anſtatt des Gartens in Natur, den ganzen Kaufſchilling und tritt ihr denſelben jetzt ſchon mit Nutzen und Eigenthum, überhaupt mit allen Rechten ab, was die Tochter dankend annimmt und womit der Sohn als Käufer einverſtanden iſt“ . . . . . Verkäufer:

---

kirchlichen Auffaſſung gefloſſen war. Dagegen wurde bezüglich der Frage, ob eine argliſtige Täuſchung des Ehemanns die Trennung habe rechtfertigen können, eingewendet, daß nur ſolche Fälle, in welchen die faktiſche Trennung ein Surrogat der Scheidung, nicht ein Surrogat der Annullation der Ehe ſei, wo die Gründe der Trennung aus dem Verhalten des Ehemanns während der Ehe, nicht aus einem Umſtand vor Eingehung der Ehe hergenommen werden, einen Alimentationsanſpruch der entfernt lebenden Ehefrau nach der Praxis zu begründen vermögen. Dieſem Bedenken iſt jedoch von der Majorität des Collegiums keine Folge gegeben worden; der fraglichen Praxis, wurde angenommen, entſpreche eine ſolche Beſchränkung nicht (arg. Württ. Archiv Bd. XIV S. 395 Not. 51) und nach dem Weſen und Zweck der rechtlichen Grundſätze, welchen dieſe Praxis ihre Entſtehung verdanke, erſcheine es nur konſequent, das Vorhandenſein einer gerechten Trennungsurſache auf Seiten der Ehefrau und folgeweiſe einen Alimentenanſpruch derſelben überall da anzunehmen, wo nach dem Ermeſſen des Gerichts das Verhalten des Ehemanns es ihr unmöglich, beziehungsweiſe unerträglich macht, vorerſt die Lebensgemeinſchaft weiter mit ihm fortzuſetzen.

Christian Heinrich Epple. Gottliebin Epple. Käufer: Karl Christian Epple. Der Vater, Christian Heinrich Epple legte diesen Kaufvertrag dem Gemeiderath mit dem Ansuchen vor, über die darin enthaltene Schenkung an seine Tochter das gerichtliche Erkenntniß auszusprechen. Da indessen die Gottliebin Epple hiegegen protestirte, weil sie zu dem Vertrag gezwungen worden sei, so unterblieb die gemeinderäthliche Bestätigung desselben und der Käufer wurde auf den Rechtsweg verwiesen. Die Klage, welche darauf Letzterer gegen seine Schwester erhob, war dahin gerichtet, daß die Beklagte den abgeschlossenen Kaufvertrag als für sie rechtsverbindlich anzuerkennen und einzuwilligen habe, daß ihr Vater dem Kläger das erkaufte Grundstück zu Eigenthum übergebe. In dem hierüber entstandenen Rechtsstreit handelte es sich hauptsächlich darum, ob die Beklagte zur Zeit des Vertragsabschlusses noch Hauskind gewesen und wie ihr rechtliches Verhältniß zu dem Vertrage aufzufassen sei; ob derselbe gegenüber der Beklagten eine Schenkung enthalte und deßhalb vor erfolgter Insinuation unverbindlich sei, oder ob eine Veräußerung seitens der Tochter zum Besten des Vaters vorliege, oder ob, wenn auch Letzteres nicht zutreffe, die Zustimmung der Beklagten zu der fraglichen Veränßerung jedenfalls auf einem Vertrag zwischen ihr und dem Vater beruhe und deßhalb der gemeinderäthlichen Bestätigung bedurft hätte.

Nachdem der Richter I. Instanz dem Klagegesuch stattgegeben hatte, wurde von dem Obertribunal die Klage abgewiesen und dabei von folgenden Erwägungen ausgegangen:

Die Behauptung der Beklagten, daß sie zur Zeit des Kaufsabschlusses (am 22. Apr. 1873) noch unter der Gewalt ihres Vaters gestanden sei, ist thatsächlich genügend begründet. Denn unter der häuslichen Gemeinschaft, in welcher die Beklagte nach ihrer Behauptung mit ihrem Vater stets und ohne Unterbrechung gelebt haben will, ist ein solches häusliches Zusammenleben gemeint, bei welchem

die Beklagte aus den Mitteln des Vaters unterhalten wurde, wie dieß auch aus dem weiteren Vorbringen der Beklagten sich ergibt, daß die Erträgnisse des fraglichen Grundstücks, auf welchem die Beklagte theils allein, theils mit ihrem Vater gearbeitet habe, stets für den Vater eingeheimst worden seien. Der Kläger hat nicht bestritten, daß die Beklagte bis zum Jahr 1873 in häuslicher Gemeinschaft mit ihrem Vater gelebt habe; er behauptet nur, daß sie im Sommer 1873, und zwar schon im April eine selbstständige Haushaltung geführt habe, indem zwar die Beklagte auch damals noch im Hause des Vaters gewohnt habe, aber die Gemeinschaftlichkeit des Tisches vom Frühjahr 1873 an aufgehoben gewesen, auch der Beklagten das fragliche Grundstück zuvor schon (seit 1871) zur eigenen Verwaltung und Benützung überlassen gewesen sei. Allein diese von dem Kläger angeführten Thatsachen sind, zumal in Ermanglung eines in Betreff der Wohnung getroffenen Abkommens, nicht zureichend, um die Annahme zu begründen, daß die Beklagte seit April 1873 eine solche sebstständige, von der Unterstützung des Vaters unabhängige und lediglich auf ihre eigenen Erwerbsmittel gegründete Existenz geführt habe, wie sie der rechtliche Begriff der abgesonderten Oekonomie voraussetzt. Vielmehr berechtigen die Einräumungen des Klägers selbst zu dem Schlusse, daß die häusliche Gemeinschaft auch vom April 1873 an nicht vollständig und bleibend aufgehoben war. Die an sich beweispflichtige Beklagte ist daher durch die Einräumungen des Klägers einer weiteren Beweisführung dafür, daß die häusliche Gemeinschaft fortgedauert habe, enthoben. Der Kläger aber war zu dem von ihm angetretenen Gegenbeweise deßhalb nicht zuzulassen, weil die von ihm angeführten Thatsachen (die Aufhebung der Gemeinschaftlichkeit des Tisches und der der Beklagten überlassene Genuß des Grundstücks) für sich allein nicht erheblich sind.

Da die Beklagte die Zustimmung zu dem von ihrem Vater vorgenommenen Verkauf ihres Antheils in der von

ihr mitunterzeichneten Kaufurkunde ertheilt hat, und da in derſelben Urkunde unter den Kaufsbedingungen feſtgeſetzt iſt, daß der Vater der Beklagten den ganzen Kaufſchilling ſofort mit Nutzen und Eigenthum überlaſſe, ſo können die Ertheilung der Zuſtimmung zum Verkauf von Seiten der Tochter und die ſofortige Ueberlaſſung des Kaufſchillings an ſie nicht als zwei von einander unabhängige und je für ſich beſtehende Willensakte, ſondern nur als Beſtandtheile eines und deſſelben zwiſchen Vater und Tochter abgeſchloſſenenen Rechtsgeſchäfts betrachtet werden, welches dahin aufzufaſſen iſt, daß die Tochter nur gegen die ihr vom Vater zugeſicherte ſofortige Ueberlaſſung des ganzen Kaufſchillings ihre Zuſtimmung zu dem Verkauf ihres Antheils ertheilte. Beruht aber die Zuſtimmung der Beklagten zu der Veräußerung auf einem zwiſchen ihr und ihrem Hausvater geſchloſſenen Vertrag, ſo war nach der allgemeinen Vorſchrift des Landrechts II 28, §. 5 zur Gültigkeit dieſes Vertrags und folgeweiſe der in demſelben enthaltenen Zuſtimmung der Tochter zu der Veräußerung gerichtliches Erkenntniß erforderlich, und da das gerichtliche Erkenntniß nicht erfolgte, ſo war die Beklagte an ihre Zuſtimmung nicht gebunden.

Obertribunal-Entſcheidung in Sachen Epple c. Epple vom 5. Dezbr. 1875.

43) Wechſelſeitige Teſtamente zwiſchen Ehegatten; Delation der Erbſchaft an die gemeinſchaftlichen Erben und Klagerecht der Letzteren.

Die letztwillige Verfügung der Hugel'ſchen Eheleute iſt kein Erbvertrag, ſondern ein wechſelſeitiges Teſtament zwiſchen Ehegatten. Nach Punkt 1 dieſes Teſtaments iſt der Ueberlebende als Alleinerbe des ganzen vorhandenen Vermögens erklärt und es ſind dieſe Worte im weiteren Texte des Pkts. I durch die Ertheilung ſo durchgreifender Befugniſſe beſtätigt, wie ſie nur ein wirklicher Erbe und zwar ein Alleinerbe hat. Die beklagte Ehefrau iſt

daher, wie dieß bei ſolchen gegenſeitigen Teſtamenten der Eheleute auch ſonſt in der Regel der Fall iſt, wirklicher Alleinerbe der Verlaſſenſchaft ihres Mannes geworden, womit ausgeſchloſſen iſt, daß noch ein Anderer neben ihr Erbe geworden ſein kann, und ſie bleibt Alleinerbe bis zu ihrem Tode, weil ihr die frühere Herausgabe der Erbſchaft nicht auferlegt iſt. Folglich können die Kläger, wenn ſie in Punkt III. von beiden Eheleuten zu Erben ihres Vermögens ernannt worden ſind, nur nach der Bekl. zu Erben des Ehemanns ernannt ſein, ſo daß ihnen die Erbſchaft erſt nach dem Tode der Bekl. gebührt. Sie ſind (nach dieſer Seite betrachtet) zur Bekl. in das Verhältniß von Fideicommiſſaren zur Fiduziarin geſtellt. Indem aber ferner ihre Berufung in Punkt III. mit den Worten geſchah: „Zu Erben unſeres beiderſeitigen Vermögen ſetzen wir ein" ꝛc. auch dieſer Verfügungsweiſe conform in Punkt VII. die gemeinſchaftlichen Legate, wie es dort heißt „von unſerer einſtigen Hinterlaſſenſchaft" ausgeſetzt ſind, ſo iſt durch dieſe Vereinigung des Vermögens beider Ehegatten zu einem Ganzen des Weiteren zu erkennen gegeben, daß die fideicommiſſariſche Berufung erſt auf den Todestag des letztlebenden Ehegatten gemeint iſt. Dieß entſpricht auch dem Rechtsſatze, daß die einem Univerſalerben deferirte Erbſchaft nicht gleichzeitig ſchon einem zweiten Erben deferirt ſein kann, und entſpricht der Erwägung, daß mit einer Berufung der Käger auf den Tod des Vorabſterbenden, das der Beklagten eingeräumte unbeſchränkte Diſpoſitionsrecht über den Nachlaß des Erſtgeſtorbenen im Widerſpruch ſtünde. Es haben deßhalb ältere und neuere württ. Rechtslehrer angenommen, daß bei einem derartigen Fideicommiſſe die Fideicommiſſare nicht blos den Tod des Teſtirers, ſondern auch den des Fiduziarerben erleben müſſen, um zur Erbſchaft gerufen zu werden.[27]

---

[27] Sarwey Monatſchrift, Band II, Württ. Archiv, Bd. 16,

Diesem nach ist die Erbschaft des Ehemanns den Klägern, so lange die Beklagte nicht auch gestorben ist, noch gar nicht deferirt, es ist noch unbekannt ob sie ihnen deferirt werden wird und können sie daher zu der auf Inventarisation des Nachlaßvermögens gerichteten Klage noch nicht als legitimirt erkannt werden.

Obertribunal-Erkenntniß in Sachen Neher c. Hugel vom 22. Dezbr. 1874.

Rechtsprechung des Landesoberhandelsgerichts.

44) Ordnungsmäßiger Protest; Artikel 41 Ziff. 2 der Wechselordnung.

In der über die Präsentation eines Wechsels aufgenommenen Protesturkunde heißt es: der Notar habe sich in das Comptoir des Herrn J. als Domiciliaten begeben, um demselben den Wechsel zur Zahlung vorzuzeigen, habe ihn aber nicht angetroffen. Der anwesende Herr F. habe auf Präsentation des Wechsels und Zahlungsbegehren in Vertretung des abwesenden Herrn J. dem Notar erklärt, der Wechsel gehe in Ordnung und werde bezahlt. Demgemäß habe der Notar den gesetzlichen Protest Mangels Zahlung eingelegt.

Unter dem Vorbringen, daß aus dieser Protesturkunde zur Genüge erhelle, daß der Domiciliat nicht bezahlt habe, erhob nun der Indossator des Wechsels gegen dessen Acceptanten Klage, mit welcher er jedoch von der Civilkammer des Kreisgerichtshofs in St. als Handelsgericht abgewiesen wurde, weil aus der Protesturkunde hätte hervorgehen müssen, daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden sei und daß Zahlung nicht habe erlangt werden können;

S. 105 und die dort cit.; Glück, Comment. Bd. 38, Seite 434 Seite 224—227, Seuffert Arch. Bd. VIII Nr. 150.

[28] Zu vergleichen Pfand-Gesetz Art. 38, Seeger Comm. I S. 171, Bolley, Comm. I S. 204.

die Erklärung des Vertreters des Domiciliaten in der vorliegenden Protesturkunde drücke nun aber entfernt keine Zahlungsweigerung, auch nicht die augenblickliche Unmöglichkeit der Zahlung aus; vielmehr sei die Bereitwilligkeit der begehrten Zahlung ausgesprochen, weßhalb der Beamte keine Veranlassung zur Protesterhebung gehabt habe; beziehungsweise sei durch den Inhalt des aufgenommenen Protestes nicht dargethan, daß die Bezahlung des Wechsels nicht habe erlangt werden können, wornach es an einem ordnungsmäßigen Proteste fehle.

In Folge der gegen dieses Urtheil erhobenen Nichtigkeitsklage wurde dasselbe von dem Landesoberhandelsgericht als nichtig aufgehoben aus folgenden Gründen:

Der vorige Richter ist bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, daß aus der Protesturkunde die Zahlungsweigerung oder doch die augenblickliche Unmöglichkeit der Zahlung hervorgehen müsse und daß durch die Bereitwilligkeit des Wechselschuldners zur Zahlung die Protesterhebung ausgeschlossen werde. Allein diese Ansicht beruht auf einer unrichtigen Auslegung des Art. 41 Ziff. 2 der W.-O. Denn unter der „Nichterlangung der Zahlung" ist sowohl nach dem Wortlaut als nach dem Sinn jener Gesetzesbestimmung die Nichtleistung der Zahlung Seitens des Wechselschuldners auf die an denselben mit der Präsentation des Wechsels ergangene Zahlungsaufforderung zu verstehen. Bei jener Auslegung des vorigen Richters käme man zu dem der Absicht des Gesetzes sicherlich nicht entsprechenden Ergebniß, daß der Wechselschuldner durch die bloße Erklärung, den Wechsel zahlen zu wollen, welcher jedoch nachträglich keine Folge gegeben wird, die Aufnahme des Protestes und damit die wirksame Geltendmachung der durch die Protesterhebung bedingten Ansprüche vereiteln könnte. Wenn daher der Unterrichter sein Urtheil darauf gestützt hat, daß der Protest kein ordnungsmäßiger sei, d. h. der Vorschrift des Art. 41 Ziff. 2 der W.-O. nicht genüge, weil nach der Protesturkunde Namens des Wechselschuld-

ners die Erklärung abgegeben worden sei, der Wechsel gehe in Ordnung und werde bezahlt, weil also die Zahlung in Aussicht gestellt worden sei, so ist das Urtheil wegen unrichtiger Auslegung jener Gesetzesbestimmung nach Maßgabe der Ziff. 15 des Art. 733 der C.-P.-O. als nichtig aufzuheben.

Entscheidung des Landesoberhandelsgerichts vom 17. Okt. 1874 in Sachen Schweizer c. Schreiweis.

45) Verabredung mit unbestimmtem Inhalt; richterliche Arbitrirung.

Am 15. Mai 1872 trat der Kläger Sch. bei der beklagten Firma M. M. und Cie. in der Eigenschaft als erster Commis ein. Er empfing pro 1. Juni und 1. Juli je 100 fl. und weiterhin in Folge einer am 4. August 1872 stattgehabten Verabredung, deren Inhalt bestritten ist, je 150 fl. monatlich. Im Frühjahr 1873 fanden über die Bestellung des Klägers zum Prokuristen Verhandlungen statt, die indessen zu keinem Ergebniß führten, da dem Kläger auf den 1. Juli 1873 der Dienst gekündigt wurde. Nunmehr erhob Letzterer gerichtliche Klage und bat, daß die Beklagte für schuldig erkannt werde, dem Kläger mindestens 2 Procent des Reinertrags ihres Geschäfts pro 1872/73, beziehungsweise mindestens die Summe von 2400 fl. zu bezahlen. In der Begründung dieses Anspruchs berief sich der Kläger auf die erwähnte Verabredung vom 4. August, bei welcher ihm der Vertreter der beklagten Firma als fixes Salair jährlich 1800 fl. angeboten und ihm außerdem zugesichert habe, daß er an der Bilanz theilhaben, also Tantième vom Reingewinn des Geschäfts haben solle, welche Zusicherung mit den Worten ausgedrückt worden sei: ich betheilige Sie außerdem noch an der jährlichen Bilanz und dies soll dann Ihr Sparhafen sein; hiemit habe sich der Kläger einverstanden erklärt, da er glaube mit 1800 fl. auszukommen und hinzugefügt: das Andere bleibe er nach Ausfall der Bilanz erwartend. Von beklagter Seite wurde diese Verabredung im Wesentlichen bestritten,

eventuell aber eingewendet, daß das angebliche Uebereinkommen nicht klagbar sei, daß in demselben vor allem der Procentsatz der Tantième hätte bestimmt werden müssen, ohne welches es sich nur um eine dem freien Ermessen der Beklagten anheimgegebene Bonifikation handeln könne. Von klägerischer Seite wurde darauf erwidert, daß wenn einmal Tantième am Reingewinn zugesagt sei, darunter keinesfalls weniger als 1% verstanden sein könne; Kläger glaube aber etwas mehr als das Minimum, nemlich 2%, ansprechen zu können, umsomehr als dem ersten Commis E. in einem Filialgeschäft der Beklagten auch 2% eingeräumt seien. Von der Civilkammer des Kreisgerichtshofs in St. als Handelsgericht wurde die Klage abgewiesen und von dem Landesoberhandelsgericht dieses Urtheil bestätigt aus folgenden Gründen:

Der von dem Kläger behauptete Inhalt der Besprechung vom 4. Aug. 1872 ist zur Begründung des eingeklagten Anspruchs nicht geeignet.[29] Die Worte des beklagten Vertreters: „ich betheilige Sie außerdem (außer dem fixen Salair von 1800 fl.) noch an der jährlichen Bilanz und dies soll dann Ihr Sparhafen sein" und die Erwiderung des Klägers: „Das Andere (außer den 1800 fl.) bleibe er nach Ausfall der Bilanz erwartend," lassen ungewiß, was der Vertreter der Beklagten und der Kläger unter der Betheiligung des letzteren an der Bilanz verstanden, ob sie dabei eine in gewissen Procenten des Reingewinns bestehende Tantième oder nur eine am Schluß des Geschäftsjahres dem Kläger zu gewährende, je nach dem Ergebniß der Bilanz größere oder geringere Bonifikation im Auge hatten und auch angenommen, daß (wie Kläger behauptet) die Bewilligung einer Tantième beabsichtigt war, so fehlt es doch an jeder Bestimmung darüber, mit welchem Antheil

[29] Zu vergl. Windscheid Pandekten Bd. 2 §. 254 Not. 3, §. 314, 386, Endemann, Handelsrecht S. 527, Seuffert, Archiv Bd. 13, Nr. 218, 314.

und nach welchem Maßstab der Kläger an dem Jahresgewinn betheiligt werden sollte. Zum Abschluß einer bindenden Uebereinkunft gehörte aber wesentlich auch eine Willenseinigung über das Maß der Betheiligung. Der von dem Kläger behauptete Umstand, daß E.'s Tantième 2% betrage, ist nicht erheblich, da bei der Besprechung mit dem Kläger deren Inhalt entscheidend ist und auf das zwischen der Beklagten und E. bestehende Vertragsverhältniß nicht Bezug genommen wurde. Der Mangel einer diesfälligen vertragsmäßigen Festsetzung kann durch das Ermessen des Gerichts nicht ergänzt werden: Denn dasjenige, was die Contrahenten unbestimmt ließen, ist seinem Gegenstand nach der Arbitrirung nicht fähig, da es keinen objektiven Maßstab gibt, nach welchem bemessen werden könnte, in welchem Verhältniß dem Kläger neben seinem Jahresgehalt von 1800 fl. eine Betheiligung an der Bilanz bewilligt werden wollte. Bei der Besprechung vom August 1872 wurde daher eine bindende Uebereinkunft nur insofern getroffen, als der Jahresgehalt des Klägers auf 1800 fl. festgesetzt wurde. Daneben wurde zwar dem Kläger (den von ihm behaupteten Inhalt der Besprechung als richtig vorausgesetzt) eine Betheiligung an der jährlichen Bilanz in Aussicht gestellt; allein in Absicht auf diesen Punkt ist es in Ermangelung irgend einer Vereinbarung über das Maß der Betheiligung zu einer vollendeten Uebereinkunft, wodurch die Beklagte zu einer weiteren Leistung von irgend einem bestimmten oder bestimmbaren Umfang verpflichtet worden wäre, nicht gekommen.

Entscheidung des Landesoberhandelsgerichts vom 19. Dez. 1874 in Sachen Scharer c. Mayer, Martens u. Cie.

46) Haftung des Fabrikbesitzers für die seinen Arbeitern zustoßenden Unfälle.

a) Der Montirungsschlosser Jakob Karle von Aalen, geb. am 12. April 1826, welcher in der Fabrik des Beklagten K. schon früher und neuerdings seit 1872 in Arbeit stand,

erhielt am 19. April 1873 von dem Montirungsmeister Liebmaier die schriftliche Anweisung, in dem Magazin ein Stück Blech zu holen. Da sich jedoch daselbst das gewünschte Stück nicht vorfand, verfügte sich Karle in den Kesselschmiedschuppen und zwar in den südlichen Theil desselben, um hier von dem Blech, welches an der Wand gegenüber dem Eingangsthor lag, ein Stück zu holen. Der nächste Weg zu diesem Blech führte den Karle von jenem Eingangsthor aus durch einen Gang zwischen dem Glühofen und der Blechbiegmaschine. Auf letzterer werden die in dem Glühofen erhitzten Blechstücke genetzt und zu Halbcylindern gebogen, worauf sie von jener Maschine zunächst auf zwei von derselben gegen die Glühöfen zu herabgehende Balken und von diesen auf den Boden herabfallen. Der Zwischenraum zwischen dem Endpunkt dieser Balken und dem Glühofen beträgt ca. 3 bis 4 Meter. Nachdem nun Karle von dem Eingangsthor aus durch jenen Gang in dem Kesselschmiedschuppen zu der Wand, wo das Blech lag, sich begeben hatte, wurde er auf dem Rückwege zwischen der Blechbiegmaschine und dem Glühofen von einem der ca. 2 M. im Durchmesser haltenden Halbcylinder, welcher über die erwähnten Balken von jener Maschine auf den Boden herabrollte, an der Ferse des linken Fußes dermaßen getroffen, daß er an der hiedurch erlittenen Verletzung, welche eine Blutvergiftung zur Folge hatte, am 2. Mai 1843 starb. Karle hinterließ außer einem volljährigen Sohne eine 45 Jahre alte Wittwe und eine am 4. Okt. 1859 geborene Tochter Babette Karle. Unbestritten ist, daß die Wittwe vermögenslos und die Tochter Babette in Folge Krankheit arbeitsunfähig ist.

Die Wittwe Karle und die Pflegschaft ihrer Tochter erhoben bei der Civilkammer des Kreisgerichtshofs in Stuttgart als Handelsgericht Klage gegen den Beklagten, in welcher gebeten wurde, den letzteren zu verurtheilen: der Wittwe Karle als Ersatz für Krankheits- und Beerdigungskosten ꝛc. die Summe von 105 fl., als Ersatz des ihr durch

den Tod ihres Ehemanns entzogenen Unterhalts eine lebenslängliche Rente von jährlichen 300 fl., ferner der Babette Karle als Ersatz des ihr durch den Tod ihres Vaters entzogenen Unterhalts eine Jahresrente von 100 fl. in Vierteljahrsrenten zu bezahlen. Der Gerichtshof erkannte, daß der Beklagte der Wittwe Karle 105 fl., sowie eine jährliche, spätestens am 12. April 1886 endigende Rente von 180 fl. und der Pflegschaft der Babette Karle eine gleichfalls am 12. April 1886 endigende Jahresrente von 60 fl., beide Renten in Monatsraten zu bezahlen habe. Das Landesoberhandelsgericht bestätigte dieses Urtheil aus den nachstehenden Gründen:

Nach den Bestimmungen des aquilischen Gesetzes hat derjenige, welcher eine mit Gefahr für Andere verbundene Thätigkeit entwickelt und hiebei die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Vorkehrungen zu treffen unterläßt für den in Folge dieser Unterlassung entstandenen Schaden zu haften [30]. Der Beklagte, als Inhaber einer Fabrik, deren Betrieb dem Leben und der Gesundheit seiner Arbeiter Gefahr bringen kann, ist daher sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als nach der ausdrücklichen Vorschrift des §. 107 vergl. mit §. 127 der deutschen Gewerbeordnung verbunden, alle diejenigen Einrichtungen herzustellen, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit eines Fabrikbetriebs und der Betriebsstätte zu thunlichster Sicherung der Arbeiter gegen jene Gefahr nothwendig sind, und den durch eine Verletzung dieser Pflicht verursachten Schaden zu ersetzen.

Im vorliegenden Fall steht fest, daß der als Montirungsschlosser in der Fabrik des Beklagten beschäftigte K. auf einem Gang durch die Kesselschmiede zwischen der Blechbiegemaschine und dem Glühofen durch ein von dieser Ma-

---

[30] l. 27 §. 9, l. 30 §. 3, l. 37 D. 9, 2; Vangerow, Pand. III §. 681; Windscheid, Pand. II §. 455, Ziff. 2; Seuffert, Archiv Bd. XV Nr. 129.

ſchine auf den Boden herabrollendes Stück Blech am Fuß verletzt und an den Folgen dieſer Verletzung geſtorben iſt. Zieht man nun in Betracht, daß der Raum zum Gehen zwiſchen der Blechbiegmaſchine und dem Glühofen nur ca. 3—4 Meter breit iſt, und daß beim Betrieb jener Maſchine von derſelben erhitzte Blechſtücke in den erwähnten Raum herabfallen, ſo leuchtet ein, daß derjenige, welcher den letzteren begeht, Gefahr läuft, an ſeinem Körper erheblich beſchädigt zu werden. Sofern daher, wie durch das Anerkenntniß des Beklagten feſtgeſtellt iſt, der Zwiſchenraum zwiſchen der Blechbiegmaſchine und dem Glühofen während des Betriebs dieſer beiden von Arbeitern der Fabrik zum Durchgehen benützt wird, lag es dem Beklagten ob, geeignete Vorſichtsmaßregeln zum Schutze dieſer Arbeiter zu treffen, ſei es durch Herſtellung einer das Herabfallen der Blechſtücke in jenem Raum hindernden Einrichtung, ſei es durch ſachgemäße Warnung vor der drohenden Gefahr, oder aber durch ein den Arbeitern bekannt gemachtes Verbot, den fraglichen Raum überhaupt zu betreten. Daß es unmöglich ſei auf die eine oder andere Weiſe Maßregeln zur Sicherung der Arbeiter zu treffen, hat der Beklagte nicht zu behaupten vermocht. Unerheblich iſt es aber, ob etwa die Anordnung ſolcher Maßregeln in anderen Fabriken nicht gebräuchlich iſt. Die Unterlaſſung jener Vorſichtsmaßregeln iſt ſomit eine Verſchuldung des Beklagten, für deren Folgen er einzuſtehen habe.

Vom Beklagten wird behauptet, den K. treffe eine eigene Schuld an dem erlittenen Unfall, und zwar einmal, ſofern er den Gang durch die Keſſelſchmiede ohne Auftrag hiezu in eigenmächtiger Weiſe gemacht habe. Unbeſtritten iſt in dieſer Beziehung, daß K. von dem Montirungsmeiſter Liebmaier beauftragt worden iſt, ein Stück Blech, das er zu einer von ihm vorzunehmenden Arbeit nöthig hatte, in dem Magazine zu holen, und daß er daſelbſt das gewünſchte Stück nicht bekommen hat. Geht man nun auch davon aus, daß, wie der Beklagte behauptet, K. von dem Maga-

zinsaufseher, welcher ihm eine Anweisung auf das Stück Blech in das Abgabebüchlein geschrieben habe, beauftragt worden sei, sich von dem Kesselschmiedwerkführer das Stück Blech geben zu lassen, so war damit dem K. jedenfalls nicht verboten, das Stück Blech selbst in der Kesselschmiede zu holen. Denn der Sinn jenes Auftrags war augenscheinlich der, daß K. sich aus der Kesselschmiede ein Stück Blech zu verschaffen, und hievon den Kesselschmiedewerkführer zum Zweck der Kontrole in Kenntniß zu setzen hatte. Ob letzteres vor oder nach dem Abholen des Blechstücks geschah, war unerheblich, sofern nicht angezeigt ist, daß die Weisung vom Kesselschmiedwerkführer sich das Blech geben zu lassen, dem K. etwa mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Betretens des Theils der Kesselschmiede, wo die Blechstücke sich befanden, ertheilt worden wäre. Vielmehr erscheint es natürlicher, daß K., welcher am ehesten in der Lage war, zu beurtheilen, welches Stück er zu seiner Arbeit nothwendig hatte, dieses Stück selbst ausgelesen und geholt hat. Hat aber hiernach K., auch wenn der diesem ertheilte Auftrag so, wie der Beklagte behauptet, gelautet hat, nicht auftragswidrig gehandelt, so ist der Beweis, welchen der Beklagte für sein diesfallsiges Vorbringen angetreten hat, nicht einzuziehen. Ebensowenig kann dem K. deßhalb eine eigene Schuld vorgeworfen werden, weil er ohne Rücksicht auf den augenblicklichen Betrieb der Blechbiegmaschine so nahe an derselben vorübergegangen sei. Denn da zwischen der Blechbiegmaschine und dem Glühofen ein Jedermann zugänglicher Weg von dem Eingangsthor bis zu der gegenüberliegenden Wand, wo das Blech sich befand, hindurchführt, und da K. bei dem Begehen dieses Wegs nicht vor der drohenden Gefahr gewarnt worden ist, so durfte K. mit Grund annehmen, daß bei dem Betrieb jener Maschine die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln getroffen worden seien und daher das Betreten des fraglichen Wegs ungefährlich sei, umsomehr als er, wie nicht bestritten ist, früher nie in der Kesselschmiede gewesen ist. Es war daher von dem Be-

weiseinzug über die vom Beklagten behauptete Art des Betriebs der Blechmaſchine Umgang zu nehmen. Aus dem angeführten Grund erſcheint es ſodann auch gerechtfertigt, daß K. auf dem nächſten Weg zwiſchen der Blechbiegmaſchine und dem Glühofen zurückgegangen iſt und nicht den entfernteren Weg hinter jener Maſchine eingeſchlagen hat. Die Einrede des Beklagten, daß der Unglücksfall des K. von dieſem ſelbſt verſchuldet ſei und er daher für den dadurch verurſachten Schaden nicht aufzukommen habe, iſt ſomit als unbegründet zu verwerfen.

Iſt hienach erwieſen, daß der Beklagte den Unfall, welcher dem K. zugeſtoßen iſt, allein verſchuldet hat, ſo hat er nach §. 9 Abſ. 2 des Reichsgeſetzes vom 7. Juni 1871 den durch die Verletzung und den Tod des K. verurſachten Schaden gemäß den Beſtimmungen des §. 3 Z. 1 jenes Geſetzes zu erſetzen. Unbeſtritten iſt nun, daß die Koſten der Krankheit und Beerdigung des K. ſich auf 105 fl. belaufen. Da ſodann K. zur Zeit ſeines Todes geſetzlich verpflichtet war, ſeiner Frau und ſeiner in Folge Krankheit arbeitsunfähigen Tochter Unterhalt zu gewähren, und die Vermögensloſigkeit der Wittwe K. feſtgeſtellt iſt, ſo iſt dieſe und ihre Tochter berechtigt, Erſatz für den durch den Tod des K. entzogenen Unterhalt zu fordern. Die Größe der hienach vom vorigen Richter der Wittwe K. und der Tochter Babette K. zugebilligten Renten iſt nunmehr von beiden Theilen als angemeſſen anerkannt. Dagegen erachten ſich die Kläger durch das unterrichterliche Erkenntniß inſofern beſchwert, als ihnen die Renten nicht *ohne Zeitbeſchränkung*, ſondern *nur für die muthmaßliche Lebensdauer* des K. zuerkannt worden ſeien. Wenn dieſelben jedoch ihre Beſchwerde unter Hinweiſung auf den §. 7 Abſ. 2 des Reichsgeſetzes zu rechtfertigen ſuchen, ſo iſt zu bemerken, daß bezüglich der muthmaßlichen Lebensdauer des K., welche nach der geſetzlichen Präſumtion feſtſteht,[31]

[31] Hiegegen iſt zu vergleichen die unter Ziff. 49 mitgetheilte Entſcheidung des Landesoberhandelsgerichts.

eine Aenderung nicht denkbar ist, welche auf die Bemessung der Rente Einfluß haben könnte. Auch ist bei dem Lebensalter in welchem K., zur Zeit seines Todes stand und bei der Größe seines damaligen, nur zum Unterhalt von ihm und seiner Familie ausreichenden Verdienstes nicht anzunehmen, daß K., wenn er länger gelebt hätte, ein Vermögen erworben haben würde, aus welchem bei dessen Ableben seine Wittwe und seine Tochter ihren lebenslänglichen Unterhalt hätten gewinnen können.

Die Kläger sind daher dadurch nicht beschwert, daß als Endtermin für die Leistung der Renten der 12. April 1886, bis zu welchem Tage K. nach dem Lebensalter, in welchem er zur Zeit seines Todes stand, zufolge der gesetzlichen Präsumtion gelebt hätte, festgesetzt worden ist.

Entscheidung des Landesoberhandelsgerichts vom 19. Septbr. 1874 in Sachen Kuhn c. Karle.

b) Der Fabrikarbeiter Müller hatte bei der württemb. Baumwollspinnerei und Weberei bei Eßlingen Dienste genommen und war 2 oder 3 Tage nach seinem Eintritt dadurch verunglückt, daß beim Reinigen einer Kordirmaschine seine Hand von den Zähnen der Trommel erfaßt und beschädigt wurde, in Folge dessen 3 Finger derselben steif und fast ganz unbrauchbar geworden sind. Die von Müller darauf hin erhobene Schadensersatzklage wurde sowohl in der I. Instanz, als im Berufungswege von dem Landesoberhandelsgericht abgewiesen und von Letzterem diesfalls ausgeführt:

Zur Begründung seiner Schadensersatzforderung hat der Kläger nach §. 2 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 darzuthun, daß die von ihm erlittene Körperverletzung durch das Verschulden eines Angestellten der Bekl. in Ausführung seiner Dienstverrichtungen verursacht worden sei. Dieses Verschulden soll nach seiner Behauptung darin bestehen, daß man ihm, einem mit den Maschinen nicht vertrauten und überhaupt ungeschickten Arbeiter, das gefährliche Geschäft der Reinigung der Kordirmaschinen in der

Fabrik der Bekl. übertragen habe, ohne ihn gehörig einzuleiten und auf das, was er zu beachten habe, aufmerksam zu machen. Der Kläger hat daher nachzuweisen, daß ihm die zu Besorgung jenes Geschäfts und zur Vermeidung der mit demselben verbundenen Gefahren erforderliche Unterweisung nicht ertheilt worden sei. Dieser Beweis ist von dem Kläger nicht geführt worden. Vielmehr hat Zeuge W. dem Kläger am ersten Tage seiner Dienstleistungen die Arbeit vorgemacht und ihn über die gefährlichen Folgen einer ungeschickten Manipulation belehrt; auch am zweiten Tage hat der Kläger seine Arbeit nach jenem Zeugen nur unter dessen Leitung ausgeführt. Hiernach ist bezüglich der Unterweisung des Klägers auch den angeblichen individuellen Verhältnissen desselben genügend Rechnung getragen worden .... Eine weitere Verschuldung der Beklagten findet sodann der Kläger darin, daß unterlassen worden sei, in der Nähe der Maschine Jemanden aufzustellen, um durch deren rechtzeitiges Stellen die Folgen eines Unglücks möglichst zu verhindern; die Verwundung des Klägers sei nemlich größer geworden, weil zur Zeit des Unfalls Niemand in der Nähe gewesen und daher die Maschine nicht alsbald gestellt worden sei. Allein da nach dem Ergebniß der Verhandlungen die Reinigung der Cordirmaschinen nur die vorübergehende Thätigkeit eines Arbeiters erfordert und da bei dieser Thätigkeit eine Gefahr durch Anwendung der gehörigen Vorsicht vermieden werden kann, so leuchtet ein, daß der Beklagten nicht zugemuthet werden kann, bei ihren Cordirmaschinen eine Person blos zum Zwecke der Verhütung eines durch Unvorsichtigkeit eines Arbeiters entstehenden Unglücks bereit zu halten.

Entscheidung des Landes-Oberhandelsgerichts vom 28. Novbr. 1874 in Sachen Müller c. württ. Baumwollspinnerei Eßlingen.

47) Haftung der Eisenbahnverwaltung für ihre beim Bahnbetrieb verunglückten Angestellten.

Am 28. Februar 1874 fuhr der 42 Jahre alte in

Ulm ſtationirte Eiſenbahnwagenwärter Veit in dienſtlicher Eigenſchaft mit einem Güterzug, welcher in der Richtung gegen Bruchſal Morgens zwiſchen 5 und 6 Uhr den Tunnel bei der Station Feuerbach paſſirte. Unmittelbar nachher wurde Veit auf den Schienen innerhalb des Tunnels als Leiche mit Verletzungen am Kopf und an den Füßen aufgefunden. Auf die von deſſen Wittwe gegen die Eiſenbahnverwaltung erhobene Erſatzklage wurde von letzterer zwar zugegeben, daß Veit beim Bahnbetrieb den Tod gefunden habe, aber eingewendet, daß er ſelbſt an dem Ereigniß die Schuld trage. Nach der Dienſtinſtruktion habe Veit ſeinen Standort auf dem zweitletzten Wagen zu nehmen gehabt; da nun jener Wagen, ebenſo wie der letzte und drittletzte, mit ſolchen Schutzvorrichtungen, die das Herabfallen zu verhüten geeignet waren, verſehen geweſen, und ein Zuſammenſtoß oder eine Entgleiſung nicht vorgekommen ſei, ſo ſei kaum anders denkbar, als daß der Getödtete ſich eine Unvorſichtigkeit habe zu Schulden kommen laſſen, wenn denſelben nicht etwa ein Schlaganfall getroffen habe, wofür die Beklagte nicht einzuſtehen hätte. Das Landesoberhandelsgericht trat dieſer Auffaſſung nicht bei, ſondern ſprach ſich folgendermaßen aus:

Unbeſtritten iſt, daß der Ehemann der Klägerin beim Eiſenbahnbetrieb getödtet worden iſt. Von der Haftung für den dadurch entſtandenen Schaden iſt daher die Beklagte nach §. 1 des Reichsgeſetzes vom 7. Juni 1871 nur dann befreit, wenn ſie beweist, daß jener Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verſchulden des Getödteten verurſacht worden ſei. In dieſer Beziehung wäre es zunächſt Sache der Beklagten geweſen, beſtimmte Thatſachen geltend zu machen, aus welchen ſich das Zutreffen höherer Gewalt oder eines Verſchuldens des Getödteten ergeben würde. Die Beklagte hat jedoch über den Hergang bei dem fraglichen Unfall keine Behauptung aufzuſtellen vermocht. Vielmehr will ſie den Eintritt des letzteren nur darum auf die eine oder andere jener beiden Urſachen zurückführen, weil der

Wagen auf welchem sich der Ehemann der Klägerin befunden, mit ausreichenden Schutzvorrichtungen, um das Herabfallen zu verhindern, versehen gewesen sei und ein Anlaß zum Herabfallen, wie ein Zusammenstoß, eine Entgleisung nicht vorgelegen habe. Allein dieser Schluß ist kein sicherer. Denn da sich nach dem Vorbringen der Beklagten nicht annehmen läßt, daß jene Schutzvorrichtungen das Herabfallen für einen bei der Fahrt seinen dienstlichen Funktionen nachkommenden Wagenwärter überhaupt unmöglich machen, so lassen sich, zumal bei der Oertlichkeit und bei der (abgesehen von dieser) herrschenden Dunkelheit in der Zeit von Morgens 5—6 Uhr im Monat Februar mancherlei Möglichkeiten des Herabfallens denken, z. B. ein Ausgleiten, ein Fehltritt, der plötzliche Stoß eines Wagens, ohne daß hiebei höhere Gewalt oder ein Verschulden des Getödteten zu unterstellen wäre. Es ist daher auf den von den Beklagten für das Vorhandensein der erforderlichen Schutzvorrichtungen angetretenen Beweis nicht einzugehen, sondern ihre Einrede eigenen Verschuldens des Getödteten wegen mangelnder thatsächlicher Begründung zu verwerfen.

Entscheidung des Landesoberhandelsgerichts vom 22. Mai 1875 in Sachen Eisenbahnverwaltung c. Veit.

48) Umfang der Ersatzpflicht; eigenes Vermögen und Erwerbsfähigkeit der Hinterbliebenen; Einkommen des Verunglückten; Einrechnung der den Hinterbliebenen von dem Unterstützungsverein für Diener der Verkehrsanstalten zufließenden Beiträge.

In dem zur vorigen Ziffer angeführten Rechtsfalle wurde von der beklagten Eisenbahnverwaltung auch darüber Beschwerde erhoben, daß dem Kläger eine Jahresrente von 250 fl. von dem Richter erster Instanz zuerkannt worden sei. Von einem Ersatzanspruch, wurde diesfalls geltend gemacht, könne keine Rede insoweit sein, als das Alimentenbedürfniß der Klägerin gedeckt sei; diese als 40jährige Frau

ohne Kinder sei aber sehr wohl in der Lage, für ihren Unterhalt selbst zu sorgen. Auch müßten jedenfalls in die der Klägerin gebührende Entschädigung die Zinsen aus der von der Lebensversicherung erhobenen Summe von 1000 fl., sowie der jährliche Beitrag von 80 fl. eingerechnet werden, den die Klägerin aus der Kasse des Unterstützungsvereins für Diener der Verkehrsanstalten beziehe.

Das Landesoberhandelsgericht bestätigte das die Beschwerde zurückweisende Urtheil der ersten Instanz und es besagen seine Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist nach §. 3 Ziff. 1 des Gesetzes vom 7. Juni 1874 berechtigt, insoweit als ihr von ihrem Ehemann der Unterhalt gewährt und ihr der von ihm gereichte Unterhalt in Folge seines Todes entzogen worden ist, Ersatz von der Beklagten zu fordern. Denn der Ehemann der Klägerin war zur Zeit seiner Tödtung vermöge Gesetzes verpflichtet, seiner Ehefrau standesgemäßen Unterhalt zu gewähren und dieser Verpflichtung ist derselbe, wie anzunehmen, durch Verabreichung der erforderlichen Mittel aus dem Gehalte, den er als Wagenwärter bei der Eisenbahnverwaltung bezogen hat, nachgekommen. Die fraglichen Mittel sind aber der Klägerin durch den Tod ihres Ehemannes entzogen worden.

Unerheblich ist, ob für die Klägerin ein Bedürfniß zur Geltendmachung ihrer Ersatzforderung vorliegt, d. h. ob und wieweit sie aus eigenen Mitteln, beziehungsweise durch eigene Thätigkeit ihren Unterhalt sich beschaffen kann. Denn der Ehemann ist während des Bestehens der Ehe nicht blos subsidiär, soweit die Ehefrau sich nicht selbst alimentiren kann, zur Unterstützung derselben verbunden, sondern er hat für solche, wenigstens solange ein Zusammenleben der Ehegatten stattfindet, unbedingt Sorge zu tragen. Der Klägerin erwächst daher dadurch, daß ihr der Unterhalt aus dem Einkommen ihres Ehemanns nicht mehr gewährt werden kann, unter allen Umständen ein Schaden, welchen sie von der Beklagten ersetzt verlangen darf.

Dies ergiebt sich schon aus dem Begriff einer Schadensersatzleistung, unter welchen nach dem citirten §. 3 der Anspruch auf Ersatz wegen des entzogenen Unterhalts fällt, sowie aus der Geschichte der Entstehung der fraglichen Gesetzesstelle. Der Entwurf des §. 3 Ziff. 1 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 lautete nemlich soweit hieher gehörig:

„Der Schadensersatz ist zu leisten 1. im Fall der Tödtung . . . . soferne der Getödtete zur Zeit seines Todes einem Anderen zur Gewährung des Unterhalts vermöge Gesetzes verpflichtet war, durch Ersatz des gesammten Vermögensnachtheils, welchen der Letztere in Folge des Todesfalls erleidet."[32]

Statt dessen wurde von Mitgliedern der freien Commission des Reichstags beantragt, jener Stelle die jetzige Fassung des zweiten Satzes der Ziff. 1 des §. 3 zu geben;[33] und bei der Berathung im Reichstag ist diese Fassung von dem Bundesbevollmächtigten mit dem Bemerken empfohlen worden, daß es sich hier um den Schaden handle, der durch Wegfall der Alimentationspflicht entstanden sei.[34]

Die Beklagte vermag daher der Klägerin nicht die Einwendung entgegenzuhalten, daß diese als 40jähr. rüstige Frau ohne Kinder selbst für ihren Unterhalt zu sorgen habe. Zwar wird von der Beklagten hiebei noch bemerkt, daß dieß von der Klägerin verlangt werden könne, weil sie schon bei Lebzeiten ihres Mannes ihre Thätigkeit für den gemeinschaftlichen Haushalt als Gegenleistung für die gewährten Alimente einzusetzen gehabt habe und jetzt ihre Arbeitskraft in anderer Weise zu ihrem Unterhalt verwerthen könne. Allein es ist hiegegen in Betracht zu ziehen, daß die Klägerin auch bei der ihr zuzuerkennenden Jahres-

---

[32] Stenographische Reichstagsberichte I. Session von 1871 Bd. III S. 69.

[33] Sten. B. l. c. S. 177.

[34] Sten. Ber. l. c. S. 488, Entscheidungen des R.-O.Handels-Gerichts Bd. XIII S. 24, 87.

rente (von 250 fl.) nach wie vor häusliche Dienste, allerdings nur für sich, zu leisten hat und daß derselben nach den Verhältnissen, in welchen sie bis zum Tode ihres Ehemanns gelebt hat, die Leistung von Diensten an dritte Personen nicht zugemuthet werden kann.

Aus den oben angeführten Gründen, ist auch das Verlangen der Beklagten nicht gerechtfertigt, daß die Klägerin den ihr zukommenden jährlichen Beitrag von 80 fl. aus der Unterstützungskasse für die Diener der Verkehrsanstalten — abgesehen vom Zutreffen der Voraussetzung des §. 4 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 — und den Jahreszins aus der ihr zugeflossenen Lebensversicherungssumme von 1000 fl. sich auf die ihr gebührende Entschädigung einrechnen zu lassen habe, weil insoweit das Alimentationsbedürfniß der Beklagten gedeckt sei.

Uebrigens spricht gegen die Verpflichtung der Klägerin zu jener Einrechnung vornehmlich auch die Bestimmung des oben genannten §. 4 durch den letzteren, welcher auf Antrag des Abgeordneten Lasker ꝛc. in das Gesetz aufgenommen worden ist,[35] sollte nemlich, um die gemeinschaftliche Versicherung gegen Unfälle des Arbeitnehmers durch den letzteren und den Arbeitgeber zu fördern, eine Ausnahme von dem Grundsatz des Gesetzes, daß der Betriebsunternehmer *vollen* Schadensersatz zu leisten habe, unter der in jenen §§. gemachten Voraussetzung gemacht werden,[36]. Sofern daher diese Voraussetzung nicht zutrifft, greift wieder jener Grundsatz Platz, und es dürfen die Leistungen aus einer Kasse, bei welcher der Verunglückte gegen den Unfall sich versichert hat, nicht in die vom Haftpflichtigen zu gewährende Entschädigung eingerechnet werden, da ja dieser sich sonst

---

[35] Stenographische Berichte Bd. I S. 484.

[36] Stenographische Berichte I. Seite 488 ff. 491, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. XIII S. 27, 28.

auf Kosten eines Anderen der ihm durch das Gesetz auferlegten Verpflichtung entschlagen könnte.[37]

Ob bezüglich des der Klägerin aus der Unterstützungskasse zufließenden Jahresbeitrags die Voraussetzung des §. 4[38] des genannten Gesetzes auf Seiten der Beklagten

---

[37] Zu vergl. Stenogr. Berichte l. c. S. 612—615. Fik, Beil. H. zu Bd. XIX der Zeitschrift J. H. R. S. 156 ff. Anderer Meinung ist Endemann, Haftpflicht S. 54, Koch, Haftpflichtgesetz S. 93 Not. 1, S. 109 Not. 1.

[38] Dieser §. lautet: War der Getödtete oder Verletzte unter Mitleistung von Prämien oder anderen Beiträgen durch den Betriebsunternehmer bei einer Versicherungsanstalt Knappschafts- Unterstützungs-, Kranken- oder ähnlichen Kasse gegen den Unfall versichert, so ist die Leistung der Letzteren an den Ersatzberechtigten auf die Entschädigung einzurechnen, wenn die Mitleistung des Betriebsunternehmers nicht unter einem Drittel der Gesammtleistung beträgt. Von beklagter Seite war die Anwendbarkeit dieses Paragraphen behauptet worden, weil die Beklagte zur Casse des Unterstützungsvereins, woraus die Klägerin den genannten Jahresbeitrag erhält, mehr als ein Drittel beisteuere. In dieser Beziehung wurde im Collegium bei der Berathung über den Rechtsfall folgendes ausgeführt: Daß Leistungen aus Unterstützungskassen der vorliegenden Art beim Zutreffen der Voraussetzung des §. 4 eingerechnet werden müssen, kann nach dem Wortlaut des Gesetzes sowohl, als nach den Verhandlungen des Reichstags nicht bezweifelt werden. (Motive zu §. 5 des Gesetzentwurfs, Stenographische Berichte Bd. I S. 605 und 616, Koch, l. c. S. 109, Endemann S. 48, Entscheidungen des R.-O.-H.-G. Bd. XIII S. 25.) Jene Voraussetzung ist nun, daß die Mitleistung des Betriebsunternehmers nicht unter einem Drittel der Gesammtleistung beträgt, d. h. die Beiträge des letzteren müssen ein Drittel der von ihm und dem Beschädigten in die Casse geleisteten Beiträge, oder, was dasselbe ist, die Hälfte der Beiträge des Beschädigten betragen. (Stenograph. Berichte Bd. I S. 488 2te Spalte unten, S. 490 2te Spalte oben, S. 610—11; Koch, l. c. S. 97 Not. 3, Endemann S. 50). Und zwar muß jenes Beitragsverhältniß bestanden haben, mindestens solange der Beschädigte Beiträge in die Casse geleistet hat (Endemann l. c.). Da nun zu der Casse des Unterstützungsvereins für die Diener der Verkehrsanstalten nicht blos der Ehemann der Klägerin, sondern überhaupt die in §. 2 der Statuten des Vereins aufgeführten bei den Verkehrsanstalten ange-

vorhanden ist, kann man dahin gestellt lassen. Denn wenn auch diese Frage zu bejahen und hiernach jener Beitrag in die der Klägerin zukommenden Entschädigung einzurechnen wäre, so könnte gleichwohl die Klägerin unter den vorliegenden Umständen von der Beklagten die ihr vom vorigen Richter zuerkannte Jahresrente von 250 fl. ansprechen.

Der Ehemann der Klägerin hat nämlich einen fixen Jahresgehalt von 583 fl. und neben freier Dienstkleidung Meilen- und Uebernachtungsgelder im durchschnittlichen Betrag von monatlich 30 fl. bezogen, mithin ein Gesammteinkommen von circa 1000 fl. per Jahr gehabt. Zwar meint die Beklagte jene Meilen- und Uebernachtungsgelder dürfen als nichtständiges Einkommen nicht berücksichtigt werden. Allein

---

stellten Diener Beiträge leisten, so kann die Beklagte sich nur dann auf den §. 4 des Gesetzes berufen, wenn sie während der Zeit, für welche der Ehemann der Klägerin beigesteuert hat, mindestens die Hälfte sämmtlicher Beiträge jener Diener leistete. Unter der Leistung des Haftpflichtigen sind (laut der stenographischen Berichte Bd. I S. 610—11) die von demselben an die Kasse abzuführenden Beiträge zu verstehen. Diese Beiträge müssen mindestens thatsächlich auf die Dauer berechnet sein, eine bleibende die Leistungsfähigkeit der Casse bezweckende Einrichtung bilden (Entscheidungen des R.-O.-H.-G. Bd. XIII S. 28). Diese Qualifikation haben aber nicht blos die etatmäßigen Staatsbeiträge (§. 3 Ziff. 7 der Vereinsstatuten) sondern auch die Dienstanstellungs- und Beförderungssporteln, welche an sich der Staatskasse zufließen würden, aber durch die Gesetze vom 2. Aug. 1849 und 1. Aug. 1858 der Unterstützungskasse zugewiesen worden sind (Ziff. 1 der Statuten), ferner die bei der Eisenbahnverwaltung angefallenen Geldstrafen, welche der Casse durch die Gesetze vom 2. Okt. 1845 und 1. Aug. 1858 überwiesen wurden (Ziff. 4) endlich der Erlös aus den auf der Eisenbahn ꝛc. gefundenen Gegenständen und der Miethzins aus der Vermiethung der Eisenbahnwagen zu geschäftlichen Ankündigungen. (Ziff. 5.) Denn alle diese Leistungen werden aus Mitteln, die an und für sich in die Staatskasse fließen, gemacht und haben nicht blos den Charakter einer gelegentlichen Zuwendung, sondern bezwecken eine dauernde Erhöhung der Leistungsfähigkeit der Kasse.

da festgestellt ist, daß der Verstorbene durchschnittlich den genannten Monatsbeitrag von jenen Geldern bezogen hat, so hatte derselbe, auch wenn diese nur knapp bemessen waren, doch um so weniger aus seinem fixen Jahresgehalt für seine eigenen Bedürfnisse, und vermochte daher umsomehr aus den letzteren für seine Ehefrau zu verwenden.[39] Es darf daher angenommen werden, daß der Ehemann der Klägerin, zu deren Alimentirung jährlich den Betrag von 330 fl., was ungefähr ein Drittel seines Gesammteinkommens ausmacht, erübrigen konnte. Letztere Summe erscheint aber mit Rücksicht auf die Verhältnisse, in welchen die Klägerin und deren Ehemann gelebt haben, nicht als so hoch, daß nicht davon ausgegangen werden könnte, es sei die fragliche Summe wirklich zum Zweck des Unterhalts der Klägerin bei Lebzeiten ihres Ehemanns verwendet worden.

Die Zuerkennung einer Jahresrente von 250 fl. an die Klägerin gemäß §. 7 Abs. 1 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 ist somit gerechtfertigt.

Entscheidung des Landesoberhandelsgerichts vom 22. Mai 1875 in Sachen Eisenbahnverwaltung c. Veit.

49) Umfang der Ersatzpflicht; Zeitdauer der zuzuerkennenden Rente.[40]

Da die Klägerin Ersatz für den Unterhalt nur insoweit fordern kann, als ihr dieser durch den Tod ihres Ehemanns entzogen worden ist, so hat ihr Anspruch seine natürliche Grenze in dem Zeitpunkt, mit welchem nach dem

---

[39] Dieser Satz wird sich beanstanden lassen. Uebernachtungsgelder sind der bloße knappe Ersatz für denjenigen Aufwand, den der Angestellte dadurch hat, daß er zeitweise nicht im eigenen Hause übernachten kann, sondern an fremdem Orte übernachten muß. Meilengelder aber sind nichts Anderes als Diäten, können also keinenfalls in ihrem ganzen Betrage als ein lukrativer Einkommenstheil in Berechnung genommen werden.

[40] Ueber den gleichen Gegenstand ist sich auch in dem unter Ziff. 46 a mitgetheilten Falle ausgesprochen.

gewöhnlichen Lauf der Dinge der Tod ihres Ehemanns eingetreten wäre, also in der muthmaßlichen Lebensdauer des Letzteren. Diese muthmaßliche Lebensdauer darf nun aber von dem Richter auf Grund des ihm nach §. 7 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 zustehenden freien richterlichen Ermessens unabhängig von der nur für einen bestimmten Fall in der l. 68 pr. Dig. (35,2) aufgestellten Mortalitätstabelle festgesetzt werden.[41] Hievon ausgehend hat man als Zeitgränze für die der Klägerin zu leistende Jahresrente denjenigen Zeitpunkt angenommen, mit welchem der (42jährige) Ehemann der Klägerin sein 70tes Lebensjahr zurückgelegt haben würde.[42]

Entscheidung des Landesoberhandelsgerichts vom 22. Mai 1875 in Sachen Eisenbahnverwaltung c. Veit.

Zur Lehre von der Berechnung der kritischen Zeit beim Beweis der Vaterschaft zu unehelichen Kindern und dem Einfluß des Reifegrads hierauf.

Von Herrn Kreisgerichtsrath Hegler in Stuttgart.

Die ledige Fr. M. hat am 12. Dezember 1872 Zwillingsmädchen geboren, von welchen Eins am 6. Juni 1874 wieder gestorben ist. Der von ihr auf Grund eines Beischlafs vom 4. April 1872 als unehelicher Vater auf Bezahlung der Tauf- und Kindbettkosten und Alimente belangte A. R. räumte ein, mit der Klägerin Einmal und zwar am 17. April 1872 Geschlechtsumgang gehabt zu haben, behauptete dagegen, daß die fraglichen Zwillinge im Hinblick auf ihren Reifegrad aus dem von der Klägerin angegebenen und vollends aus dem von ihm selbst einge-

---

[41] Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XIV S. 410 ff.

[42] Zu vergleichen die abweichende frühere Entscheidung unter Ziff. 46, a Not. 2.

räumten Geſchlechtsumgang (am 4. reſp. 17. April 1872) nicht herrühren können, indem er ſich hiefür auf Sachverſtändige und für die Reife der Kinder auf ein Zeugniß der Hebamme berief.

In dem Vorprozeß, welcher hienach durch Entbindung des Bekl. von der Klage wegen Ausbleibens der kl. Partei ſeine Erledigung fand, gab der als Sachverſtändiger vernommene Vorſtand der K. Landeshebammenſchule ſeine Aeußerung dahin ab:

Waren die fraglichen, am 12. Dezember 1872 gebornen Zwinglinge reife Kinder, ſo können dieſelben nicht die Folge einer am 4. April 1872 ſtattgehabten Konzeption ſein, denſelben hätten zur vollkommenen Reife vom 4. April an gerechnet noch 28 Tage gefehlt. Noch größer wäre die Unreife, wenn die Konzeption erſt am 17. April ſtattgefunden hätte. Da nun Zwillinge auch bei reifer Geburt in der Regel weniger ausgebildet erſcheinen, ſo iſt anzunehmen, daß, wenn die Hebamme dieſelben als völlig reif erklärt hat, ihnen ſicher nicht 4 Wochen zur Reife gefehlt haben können und ihr Befruchtungstermin alſo nicht der 4. April 1872 war. Für die Reife der Zwillinge ſpricht auch der Umſtand, daß ſie am Leben blieben, denn die ohnedieß weniger lebenskräftigen Zwillingskinder ſind es um ſo weniger, wenn ſie nicht reif geboren werden.

In dem hienach wieder aufgenommenen Rechtsſtreit gab die Hebamme, welche die M. entbunden hatte, zunächſt eine ſchriftliche Aeußerung dahin ab, daß die fraglichen Zwillinge 14 Tage oder vielleicht etwas mehr zu früh geboren ſein können und ſprach ſich ſodann bei ihrer Vernehmung vor dem Gericht erſter Inſtanz unter Vorlegung ihres Geburtsregiſters, woſelbſt die Zwillinge in den betreffenden Rubriken als: „reif", „lebend" und „geſäugt" eingetragen ſind, dahin aus:

Die Zwillinge ſind nach meiner Anſicht 14 Tage oder auch noch einige Tage mehr zu früh zur Welt gebracht.

Die Nägel waren nicht so hart und hervorragend wie bei voll ausgetragenen Kindern. Ob das Gewicht 3½ bis 4½ Pfund oder 5—6 Pfund betragen hat, ist mir unbekannt, dagegen habe ich anzuführen, daß die Kinder sich kräftig bewegt, die Augen aufgeschlagen, geschrieen und die Brust genommen haben. Darüber würde ich mich nicht getäuscht haben, wenn die Zwillinge 4—5 Wochen zu früh zur Welt gekommen wären. Ich habe sie als reifgeboren in die Tabelle eingetragen, weil dieß bei einer nur 14tägigen früheren Geburt bei 38 Schwangerschaftswochen statthaft ist.

Dieß letztere hat der zur Vernehmung der Hebamme beigezogene Vorstand der K. Landeshebammenschule bestätigt und sich sodann unter Bezugnahme auf sein Gutachten im Vorprezeß des Näheren dahin geäußert:

Auf Grund seiner statistischen Notizen über Zwillingsgeburten in der geburtshilflichen Anstalt zu Stuttgart während der letzten 12 Jahre habe er vorauszuschicken, daß daselbst in dieser Zeit von 12 Jahren 70 Zwillingsgeburten und zwar 26 von Erstgebärenden, 43 von Mehrgebärenden erfolgt seien. Von jenen Geburten seien 9 reif, 18 unreif, von diesen 20 reif und 23 unreif gewesen. Das Gewicht wechsle bei reifen Kindern zwischen 5 und 6 Pfund, bei unreifen d. h. solchen mit einer Schwangerschaftsdauer von 35—36 Wochen zwischen 3½ bis 4½ Pfund, letztere machen daher auf den ersten Blick den Eindruck mangelhafter Ausbildung. Die Differenz im Gewicht betrage bei Zwillingskindern derselben Geburt bis zu 1 Pfund.

Bezüglich der Sterblichkeit konstatire er, daß von 82 Fällen in den ersten Tagen nach der Geburt 32 gestorben seien.

Was nun den vorliegenden Fall anbelange, so sei eine Bestimmung bei Zwillingen an sich schon deßhalb schwierig, weil sie in der Ausbildung zurückbleiben. Allein bei einer Geburt am 12. Dezember 1872 und dem Befruchtungs-

termin vom 4. April 1872 müßten die Zwillinge, da ihnen hienach 4 Wochen fehlten, so elend gewesen sein, daß ihre mangelhafte Ausbildung der Hebamme fast nothwendig hätte auffallen müßen, zumal dieselbe eine gute Prüfungsnote erhalten und ihm auch bei ihrer Vernehmung einen günstigen Eindruck gemacht habe. Da es aber außerordentlich schwierig sei, frühzeitige Zwillinge an die Brust zu bringen und, was sehr in Betracht komme, die Zwillinge (denn der lange Zeit nach der Geburt erfolgte Tod des Einen sei bedeutungslos) am Leben geblieben seien, so gehe mit Rücksicht auf die Aussagen der Hebamme über jenen Umstand und die Lebensäußerungen der Zwillinge überhaupt sein Gutachten dahin, daß sie nicht aus einem Beischlaf vom 4. April, geschweige denn vom 17. April 1872 herrühren können.

Dessenungeachtet hat der erste Richter den vom Bekl. angetretenen Gegenbeweis aus dem Reifegrad der Zwillinge für mißlungen erklärt, weil feststehe, daß dieselben jedenfalls nicht vollkommen reif, sondern um mindestens 14 Tage zu früh geboren seien und hienach, wenn man einmal gemäß den früher abgegebenen Aeußerungen des K. Medizinal-Kollegiums bei reifen Kindern eine Tragzeit von nur 242 Tagen als möglich zulasse, ihre Erzeugung in einem Beischlaf vom 17. resp. 4. April 1872 nicht außerhalb des Bereichs der Möglichkeit liege, wogegen das wesentlich auf die mangelhaften Beobachtungen der Hebamme angewiesene Gutachten des Sachverständigen nicht in Betracht komme.

Der Bekl. erhob hiegegen Berufung, und bezog sich zur Begründung derselben lediglich auf das Gutachten des Sachverständigen, während kl. Seits auf die im Württ. Archiv, Bd. II, S. 408 ꝛc. Bd. IX, S. 452 ꝛc. Bd. XI, S. 226 ꝛc. enthaltenen Mittheilungen Bezug genommen und weiter ausgeführt wurde, daß die Einholung eines Gutachtens überhaupt überflüssig gewesen sei, da für den Richter bis zu einer etwaigen Aenderung der Gesetzgebung

die kritiſche Zeit von 182—300 Tagen für die Beſtimmung der Vaterſchaft ſchlechthin maßgebend ſein müſſe. Jedenfalls müſſe ein erheblicher Spielraum bleiben, da auch die Aeußerung der Sachverſtändigen zeige, daß eine ſichere Statiſtik über die mögliche Schwangerſchaftsdauer noch nicht exiſtire, abgeſehen davon, daß der Arzt einer öffentlichen Gebäranſtalt lediglich auf die unzuverläſſigen Angaben der Aufgenommenen über den Beginn ihrer Schwangerſchaft angewieſen ſei.

Der Berufungsrichter erachtete den Gegenbeweis auf Grund des Reifegrads für ſtatthaft, fand ſich jedoch im Hinblick darauf, daß das Gutachten des Vorſtands der K. Landeshebammenſchule mit der ſeit einer Reihe von Jahren den Entſcheidungen der höheren Gerichte zu Grunde gelegten Anſicht des K. Medizinal-Kollegiums, wie ſolche in früheren Aeußerungen desſelben vom 20. Januar 1853 und 1. November 1855 [1] ausgeſprochen ſeien, und wonach die mögliche Tragzeit eines reifen Kindes auf 242 Tage zu beſtimmen wäre, nicht im Einklang zu ſtehen ſcheine, daß hienach Zweifel darüber obwalten können, wie die Grenzen der möglichen Schwangerſchaftsdauer nach dem dermaligen Stande der Wiſſenſchaft zu beſtimmen ſeien, veranlaßt, das K. Medizinal-Kollegium unter Mittheilung der Akten von Amtswegen um eine gutächtliche Aeußerung darüber zu erſuchen:

Ob die fraglichen, am 12. Dezember 1872 geborenen Zwillinge vermöge ihres Reifegrads, wonach ſie um mindeſtens 14 Tage zu früh geboren ſeien, von einem Beiſchlaf vom 17. oder 4. April 1872 nicht herrühren können?

Das K. Medizinal-Kollegium hat dieſe Aeußerung am 8. November 1875 dahin abgegeben:

Zur Aufklärung der Sachlage ſeien folgende Erfahrungsſätze der geburtshilflichen Wiſſenſchaft voranzuſchicken:

---

[1] Württ. Archiv, Bd. II, S. 420 421 u. 426 in der Note.

1) Die Dauer einer regelmäßigen Schwangerſchaft (ohne Unterſchied, ob einfache oder mehrfache, erſte oder ſpätere Geburt) vom Tage der Empfängniß an gerechnet, betrage im Minimum 254, in einzelnen ſeltenen Fällen nach den neueſten Beobachtungen ſogar nur 248, im Mittel 267—273, im Maximum 310 Tage. In allen Fällen, in welchen es ſich um die Möglichkeit handle, ob eine Schwangerſchaft an einem beſtimmten Tage begonnen haben könne, kommen ſelbſtverſtändlich nicht die Mittelzahlen, ſondern die ganze Reihe vom Minimum bis zum Maximum in Betracht.

Erſtgebärende haben meiſt eine um mehrere Tage kürzere Schwangerſchaftsdauer als Mehrgebärende.

Die häufigſten Konzeptionen fallen unmittelbar vor oder nach der Menſtruation. Wenn alſo die Dauer der Schwangerſchaft nach der letzten Menſtruation gerechnet werde, was gewöhnlich geſchehe, weil ſich der Tag der Empfängniß nicht genau beſtimmen laſſe, ſo hat der Irrthum eine Breite von 22—23 Tagen.

2) Die Eigenſchaften der Neugeborenen, welche unter dem Begriff der Reife zuſammengefaßt werden, entwickeln ſich nicht in ſo raſcher Folge, daß man aus ihnen auf einen beſtimmten Tag der Schwangerſchaft ſchließen könnte. Dies gehe ſchon aus der angegebenen Schwangerſchaftsdauer hervor, wonach der Termin der Geburt reifer Kinder ein ſehr wechſelnder ſei.

Selbſt wenn die Eigenſchaften eines Neugeborenen durch Maß, Gewicht und ſonſtige genaue Unterſuchungen feſtgeſtellt ſeien, bleibe ein Spielraum von mehreren Wochen.

Außerdem ſei wegen der langſamen Entwicklung der zur Reife gehörenden Eigenſchaften Niemand im Stande, zu behaupten: einem Kinde fehlen nur wenige Tage zur Reife oder: es fehlen ihm 14, aber nicht 15 oder 20 Tage. Eine ſolche Schätzung ſei kaum nach Wochen möglich, annähernd ſicher nur nach Monaten.

3) Bei Zwillingsgeburten werden die Kinder häufiger weniger ſchwer, groß und lebenskräftig getroffen, als bei gewöhnlichen Geburten. Dieſelben können aber darum doch alle Zeichen der Reife an ſich tragen, wie dies auch innerhalb gewiſſer Gränzen bei Einzelngeborenen der Fall ſei.

Noch häufiger ſei, daß Eines der Zwillinge kräftig entwickelt ſei, das andere nicht; bei letzterem fehlen dann zuweilen auch einzelne Zeichen der Reife. Die prozentiſchen Verhältniſſe in Beziehung auf die Reife ſeien bei Zwillingen im Ganzen ungünſtiger als ſonſt. Ebenſo ſei die Sterblichkeit unreif geborener Zwillinge größer als die der einzeln geborenen Unreifen, keineswegs ſterben aber alle unreifen Zwillinge vor Ende des 8. oder Anfang des 9. Monats. Aus dem Fortleben derſelben laſſe ſich alſo nicht unter allen Umſtänden auf deren Reife ſchließen und umgekehrt.

Was nun den vorliegenden Fall betreffe, ſo habe die Schwangerſchaft der Klägerin nach ihren eigenen Angaben 252 Tage, nach denen des Bekl. dagegen 239 Tage gewährt, es wären alſo die Kinder im erſten Fall um 2, im zweiten um 15 Tage zu früh geboren oder, wenn man das ſelten vorkommende Minimum von 248 Tagen zu Grunde lege, was zuläſſig ſei, ſo wären ſie im erſten Falle innerhalb des normalen Termins, im zweiten Fall um 9 Tage zu früh zur Welt gekommen. Im äußerſten Falle fehle alſo nicht ſoviel Zeit zu ihrer vollſtändigen Reife, daß es möglich geweſen wäre, ein ſicheres Urtheil darüber abzugeben. Die verſchiedenen Angaben der Hebamme ſeien daher ſehr erklärlich und wenn ſich auch weder die Reife noch die Unreife durch dieſelben erweiſen laſſe, ſo ſei letztere doch keineswegs ausgeſchloſſen.

Nach dem Bisherigen könne die Möglichkeit nicht beſtritten werden, daß die Empfängniß der am 12. Dez. 1872 erfolgten Geburt am 17. April desſelben Jahres ſtattgefunden habe. Für die Feſtſtellung eines höheren oder geringeren Grads der Wahrſcheinlichkeit fehlen die Anhaltspunkte.

Das vorstehende Gutachten ist theils deshalb von Interesse, weil es (Ziffer 1) abweichend von der früheren Aeußerung des K. Medizinal-Kollegiums vom 1. November 1855 (s. Württ. Archiv Bd. II. S. 420) die mögliche Schwangerschaftsdauer bei reifgebornen Kindern (daß auch in Ziff. 1 reife Kinder vorausgesetzt sind, erhellt aus Ziff. 2), im Minimum auf 248 Tage statt früher 242 Tage beschränkt, wobei es das Maximum auf 310 Tage erstreckt, theils weil es (Ziff. 2) feststellt, daß auch im Fall genauester sachverständiger Erhebungungen über den Reifegrad eines Neugeborenen für den Schluß aus dem Reifegrad über die Konzeptionszeit ein Spielraum von mehreren Wochen bleiben müsse, außerdem aber eine solche Schätzung kaum nach Wochen, sondern annähernd sicher nur nach Monaten möglich sei.

Nimmt man noch die weiteren Momente hinzu, welche nach dem Gutachten (Ziff. 1—3) auf die Erfahrungen über die mögliche Schwangerschaftsdauer einwirken können (erstmalige oder wiederholte Schwangerschaft, Zwillingsgeburt, Unsicherheit der Konzeptionszeit), so wird man allen Grund haben, wenn auch nicht den Beweis aus dem Reifegrad des Kinds ganz auszuschließen und einfach auf die kritische Zeit von 182—300 Tagen zurückzukommen, so doch erstens auf gehörige Substanziirung der Thatsachen und Erscheinungen, woraus die Behauptung der Reife oder Unreife abgeleitet wird, zu drängen und zweitens bei der Bestimmung der kritischen Zeit nach dem Reifegrad [2] und bei der Feststellung des Eidesthemas über die Einrede mehrerer Zuhälter dem dermaligen Stande der Wissenschaft und dem empirischen Charakter derselben, insbesondere den bei Erstgebärenden und Zwillingsgeburten möglichen Schwankungen in ausgiebiger Weise Rechnung zu tragen.

[2] s. Württ. Archiv Band II. S. 421.

Der Entwurf einer deutschen Konkursordnung.

Von Dr. Sarwey.

Von den vier großen Justizgesetzentwürfen, welche noch der Beschlußfassung des Reichstages entgegensehen, wurden bekanntlich die zuerst vorgelegten Entwürfe eines Gerichtsverfassungsgesetzes, der Civil- und der Strafprozeßordnung einer aus 21 Mitgliedern bestehenden Kommission (der sog. Justizkommission), der später eingebrachte Entwurf einer Konkursordnung einer besondern aus 14 Mitgliedern bestehenden Kommission (der sog. Konkurskommission) zur Vorberathung zugewiesen. Vermöge der beiden Kommissionen durch Spezialgesetze ertheilten Vollmacht, ihre Arbeiten auch in der Zeit zwischen der abgeschlossenen und der nächsten ordentlichen Session des Reichstags fortzusetzen, besteht die aus Mittheilungen öffentlicher Blätter bekannte Absicht, die Kommissionsarbeiten im Laufe des Sommers abzuschließen und in die Hände der Mitglieder des Reichstags zu bringen. Ueber die weitere geschäftliche Behandlung der Entwürfe im Reichstag läßt sich zur Zeit noch nichts Bestimmtes sagen. Wenn es nicht gelingen würde, zwischen dem Bundesrath und der Justizkommission eine Verständigung über die abweichenden Beschlüsse der letzteren herbeizuführen, ein Fall, welcher neuerdings wieder in der Presse, ohne Grund, wie wir hoffen, als möglich in Aussicht genommen wird, so ist an den Abschluß der Justizreform in der gegenwärtigen Legislaturperiode nicht zu denken. Wenn dagegen die Verständigung gelingt, dürfte die zweite und dritte Lesung im Reichstag einen ziemlich raschen und anstandslosen Verlauf nehmen. Darüber kann jedenfalls Niemand im Zweifel sein, daß, wenn die Entwürfe im Laufe dieser Legislaturperiode Gesetzeskraft erlangen sollen, dies nur unter der Voraussetzung möglich ist, daß sich der Reichstag mit den Grundsätzen der Entwürfe, wie sie aus den

erwähnten Verhandlungen zwischen Bundesrath und Kommission hervorgehen, in seiner Mehrheit einverstanden erklärt und auf jede Einzeln-Amendirung der Entwürfe verzichtet. Es ist zu wünschen, daß nicht auch hier wieder das Bessere der Feind des Guten ist und daß die schon vor 12 Jahren mit der Berathung einer deutschen Civilprozeßordnung in Hannover begonnenen Berathungen und Arbeiten zum Zweck der Herbeiführung der Rechtseinheit im gerichtlichen Verfahren nicht an berechtigten oder unberechtigten Forderungen bezüglich des strafgerichtlichen Verfahrens scheitern. Ein außerordentlicher Fortschritt des deutschen Rechtslebens liegt im Falle des Zustandekommens der Gesetze unter allen Umständen schon in der Thatsache, daß das gerichtliche Verfahren in allen deutschen Staaten auf der Grundlage der Oeffentlichkeit und Unmittelbarkeit (Mündlichkeit) der Verhandlungen einheitlich geordnet wird, mag man auch gegen die schließliche Entscheidung in einzelnen zweifelhaften und kontroversen Fragen, wie sie aus den Verhandlungen sich ergibt, Bedenken haben.

In Württemberg wird sich die Einführung der neuen Gesetze, sowohl des Gerichtsverfassungsgesetzes, als der Civilprozeßordnung und der Strafprozeßordnung sehr einfach und ohne große Aenderungen und Schwierigkeiten vollziehen. Die zu erwartenden Reichsgesetze modificiren im Einzelnen das durch die Justizreform von 1868 eingeführte geltende Recht, ohne dasselbe abgesehen von einzelnen Theilen des Strafprozesses von Grund aus zu ändern, und auch Diejenigen, welche seinerzeit der württembergischen Gesetzgebung von 1868 unter Berufung auf die in Aussicht stehende deutsche Gesetzgebung entgegengetreten sind, werden zugeben, daß die rasche und entschlossene Durchführung der Justizreform im Jahre 1868 eine zweckmäßige, Württemberg zum Nutzen gereichende Maßregel war, durch welche, wie damals vielfach zur Vertheidigung der eingebrachten Entwürfe mit Recht

betont wurde, nunmehr die Einführung der Reichsprozeßgesetze, wenn sie ergangen sein werden, ganz außerordentlich vereinfacht wird. Die Gerichtsorganisation wird keine tiefeingreifenden Abänderungen erfordern. Selbst das Einzelnrichterinstitut ließe sich mit der Oberamts-Gerichtsverfassung durchführen;[1] die Frage wegen Beiziehung von Schöffen in mittleren Straffällen, sowie von der Beibehaltung von Handelsgerichten ist noch unentschieden. Die Anwendung der deutschen Civilprozeßordnung wird für Richter, Anwälte und Parteien durch die während der Wirksamkeit der württ. Civilprozeßordnung gewonnenen Erfahrungen außerordentlich erleichtert. Als Aenderungen von prinzipieller Bedeutung, welche mit der Einführung derselben eintreten, sind außer den Vorschriften über die Rechtsmittel hervorzuheben: 1) der Grundsatz, daß Angriffs- und Vertheidigungsmittel bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden können mit dem Vorbehalt der Kostenauflage für den Fall einer verschuldeten Verzögerung und der Zurückweisung offenbar zur Chikane verspätet vorgebrachter Vertheidigungsmittel (§. 241 und 242 der Civ.-Proz.-Ord.); 2) die Uebertragung des Schuldklagwesens und der Zwangsvollstreckung an die Gerichte und die Vollziehung der Zwangsvollstreckung durch Gerichtsvollzieher; 3) der Anwaltszwang, die Prozeßleitung durch die Parteien und die Einführung des Instituts der Gerichtsvollzieher, durch welche die Zustellungen erfolgen (§. 146). Ueber das Verhältniß der zu erwartenden Strafprozeßordnung zu der württ. Strafprozeßordnung von 1868 sich auszusprechen, ist zur Zeit noch verfrüht, da die Verhandlungen über Fragen von prinzipieller Bedeutung, so namentlich die von der Justizkommission in erster Lesung mit der Mehrheit von Einer Stimme beschlossene Wiedereinführung

[1] Vergl. Bericht der württ. Justizkommission vom 12. Nov. 1867 über das württ Ger.-Verf.-Ges. S. 8.

des Rekurses in Strafsachen, wodurch das ganze Verfahren beeinflußt wird, noch keineswegs als abgeschlossen betrachtet werden können.

Aenderungen des bestehendenden Rechts von durchgreifender, prinzipieller Bedeutung, welche auch unmittelbar in das gesammte Rechtsleben außerhalb des Gebiets des gerichtlichen Verfahrens übergreifen, wird dagegen die Konkursordnung bringen, wenn dieselbe mit den drei andern Justizgesetzen in das Leben tritt. Nicht nur ruht das Verfahren derselben auf Grundsätzen, welche das bestehende Verfahren in Württemberg, auch in seiner durch die Civilprozeßordnung von 1868 eingeführten Anpassung an das Prinzip der Mündlichkeit von Grund aus abändert, sondern es wird auch ein Theil des bürgerlichen Rechts, soweit es sich um seine Wirkung im Konkurs handelt, durch das im ersten Buche des Entwurfs enthaltene Konkursrecht sehr wesentlich beeinflußt.

Eine bedeutende Aufgabe tritt daher an die Gerichte und Rechtsanwälte mit der Einführung der im Entwurf vorliegenden deutschen Konkursordnung heran, wie sie auch für einen größeren Kreis der Nichtjuristen, namentlich Alle, welche im Verkehrs- und Geschäftsleben stehen, ein viel unmittelbareres Interesse bietet, als die drei andern Justizgesetze. Wenn auch für die Einführung der Gesetze nach ihrer Verkündigung eine lange Frist (von 1—2 Jahren) in Aussicht zu nehmen sein wird, so muß doch schon jetzt eine Besprechung des Entwurfs erwünscht sein, welche geeignet ist, in das System desselben einzuführen, da, wenn nicht alle Anzeichen trügen, dieser Entwurf, wie der Civilprozeßentwurf, ohne wesentliche Aenderungen Gesetzeskraft erlangen wird.

Gewiß sind daher allseitig die Erörterungen des Entwurfs in dem Württ. Gerichtsblatt von Obertribunal-Rath v. Streich willkommen gewesen. Zur Zeit ihres Erscheinens[2]) befand sich auch eine größere Arbeit des

[2]) Württ. Ger.-Blatt Bd. XI. Nr. 2, 4 u. 6.

Verfaſſers unter der Preſſe, welche nunmehr gleichfalls erſchienen iſt. [3]) Dieſelbe behandelt eingehend in 15 Paragraphen alle Theile des Konkursrechts und Verfahrens, welche der Entwurf berührt.

Der Verfaſſer hat ſich durch äußere Gründe zu einem eingehenden Studium des Entwurfs, nachdem derſelbe die erſte Leſung in der Konkurskommiſſion beſchritten hatte, veranlaßt geſehen und geglaubt, es werden ſeine Studien vielleicht auch Andern die Arbeit zu erleichtern und den Anlaß zu weiteren öffentlichen Beſprechungen des einen und des andern Punktes vor der zweiten Leſung und vor dem Abſchluß der geſetzgeberiſchen Arbeit zu geben geeignet ſein.

In der Einleitung und den erſten Paragraphen wird außer einer kurzen Darſtellung der Vorgeſchichte des Entwurfs eine gedrängte Ueberſicht über den ganzen Inhalt in ſeinen Grundzügen gegeben. In den §§. 3—10 wird das Konkursrecht des Entwurfs behandelt, welches der Verfaſſer der Anzeige des Entwurfs in dem Gerichtsblatt nicht in den Kreis ſeiner Beſprechung gezogen hat. In den §§. 2 und 11—14 werden die Vorausſetzungen der Konkurseröffnung, die Wirkungen derſelben auf die Handlungsfähigkeit des Gemeinſchuldners, die Anfechtungsklage, Zwangsvergleiche und Beendigung des Verfahrens mit ſteter Vergleichung des geltenden Rechts erörtert. Der Verfaſſer hat hiebei namentlich das württembergiſche Recht, ſoweit es, ohne zuviel Raum einzunehmen, möglich war, vergleichend berückſichtigt und kann daher an dieſem Orte auf die Schrift verweiſen. Nur einige Bemerkungen über das Verfahren vom Standpunkte des würtembergiſchen Rechts aus, zu welchen die Beſprechung des Entwurfs in dem Gerichtsblatt Anlaß gibt und die Erörterung einiger konkursrechtlichen Beſtimmungen in ihrer unmittelbaren

---

[3]) Der Konkurs nach den dem deutſchen Reichstag vorgelegten Entwürfen einer Konkursordnung und eines Einführungsgeſetzes. Berlin, C. Heymann's Verlag.

Wirkung auf württembergische Rechtszustände, welche in einer für weitere Kreise bestimmten Arbeit zu viel Raum eingenommen hätte, mag dem Verfasser gestattet sein, hier beizufügen.

1) Das Verfahren, insbesondere die Stellung des Güterpflegers.

Der gemeinrechtliche Konkursprozeß auch in seiner Fortbildung durch einzelne Landesgesetze, wie in Württemberg, ruht auf dem Grundsatze, daß alle Rechtsverhältnisse, in welchen der Gemeinschuldner bis zur Konkurseröffnung stand, in dem Konkursverfahren geordnet werden, soweit ihre Ordnung irgend ein vermögensrechtliches Interesse für die Gläubiger bietet. Diese sog. vis attractiva des Konkurses wirkt so stark, daß alle Passiv-Streitigkeiten ohne Rücksicht auf die Zuständigkeitssumme von dem Gantgericht verhandelt und entschieden werden (Art. 922 Württ. C.-P.-O.) und daß, selbst wenn sie schon zuvor bei dem Gantgerichte anhängig waren, ihre Verhandlung mit dem Liquidationsverfahren zusammenfällt und über ihre Liquidität im Prioritätsurtheil erkannt wird. Nur die zur Zeit der Konkurseröffnung bei andern Gerichten anhängigen Prozesse des Gemeinschuldners, mögen sie die Aktiven oder die Passiven desselben betreffen, sind vermöge der Wirkung der Rechtshängigkeit bei dem betreffenden Gerichte zur Erledigung zu bringen und der Grundsatz, daß der Kläger dem Gerichtsstand des Bekl. folgt, erleidet insofern keine Veränderung, als Klagen, in welchen der Konkursverwalter in Vertretung des Gemeinschuldners und der Gläubiger als Kläger auftritt, welche also die Aktivmasse betreffen, bei dem sonst zuständigen Gerichte anzubringen sind. Mit diesen Ausnahmen ist in dem Konkursverfahren und durch die hierauf ergehenden gerichtlichen Entscheidungen, welche Urtheile im civilprozeßcalischen Sinne sind, das Prioritätsurtheil und das Verweisungserkenntniß, jede die Befriedigung der Gläubiger bedingende oder beein-

flußende Frage zur Entscheidung zu bringen. Die Gesammtheit aller vermögensrechtlichen Beziehungen, in welchen der Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung stand, ist, soweit die oben bezeichneten Ausnahmen nicht zutreffen, von dem Konkursgericht in der Weise festzustellen, daß Aktiven und Passiven in Geld ausgedrückt einander gegenüberstehen und nur, soweit vermöge der oben bezeichneten Ausnahmen dieß bei einzelnen Aktiv- oder Passivposten nicht möglich ist, während die Konkursmasse im Ganzen und in ihren Haupttheilen zur Vertheilung geeignet erscheint, sind die hieraus sich ergebenden Vorbehalte in dem Prioritätserkenntniß und der Verweisung zu machen.

Die Universalität des Konkurses als Grundsatz des gemeinen Rechts äußert sich insbesondere, was 1) die Aktivmasse betrifft, darin, daß das Gericht von Amtswegen sämmtliche Werthe, welche sich im Besitze des Gemeinschuldners vorfinden, in das Verfahren hineinzieht und in dem Prioritäts- und Verweisungserkenntniß sowohl über die Absonderungsansprüche, als über die Konkursforderungen[4], zu welchen auch die mit Pfandrechten versicherten gehören, entscheidet. Insbesondere werden alle Pfandobjekte, Unterpfänder, wie Faustpfänder, unter Aufsicht des Gantgerichts öffentlich veräußert, die Faustpfänder sind in die Konkursmasse einzuliefern, soweit hievon nicht die Art. 313 bis 315 des H.-G.-B. eine Ausnahme begründen.

2) Hieraus folgt unmittelbar, daß Gemeinschafts- und Societätsverhältnisse, in welchen der Gemeinschuldner stand, soweit sie amtlich zur Kenntniß des Gerichts kommen, von Amtswegen auseinanderzusetzen, die hieraus sich ergebenden Aussonderungs-, Absonderungs- und Konkursansprüche in dem Prioritäts- und Verweisungserkenntniß

[4] Art. 2, 7—10 des Prior.-Ges. vom 15. April 1825. Fecht, das Konkursverfahren, S. 36 u. 37.

zu erledigen sind. Insbesondere bildet also die Auseinandersetzung der ehelichen Güterverhältnisse einen wesentlichen, bei keinem während der Ehe in Konkurs gerathenen Schuldner fehlenden Theil des Konkursverfahrens, ebenso die Auseinandersetzung mit den Eigenthümern der in Nutznießung des Gemeinschuldners stehenden Vermögenstheile. Das Prioritäts- und Verweisungserkenntniß hat die Ergebnisse dieser Auseinandersetzungen in der Aktiv- und Passivverweisung darzustellen.

3) Da das Konkursgericht über alle Ansprüche, welche an das die Konkursmasse bildende Vermögen des Gemeinschuldners erhoben worden, in dem Prioritätserkenntniß zu entscheiden hat, soweit hierüber nicht schon vor der Konkurseröffnung bei einem andern Gerichte ein Rechtsstreit anhängig war, so war es im gemeinrechtlichen Konkursprozeß unerläßlich, einen Ausschlußtermin zur Geltendmachung derselben einzuführen, da andernfalls das Konkursverfahren durch spätere Erhebung von Ansprüchen in's Unbestimmte verzögert worden wäre. Diese Präclusion tritt für alle persönlichen Ansprüche ein, welche nicht an dem zur Anmeldung der Ansprüche festgestellten Termine geltend gemacht wurden oder als aus öffentlichen Urkunden ersichtlich nach Landesgesetz von dem Gericht von Amtswegen zu berücksichtigen sind, was z. B. nach württ. Recht bei den aus den Unterpfandsbüchern und den sie vertretenden öffentlichen Akten (Theilungsakten ꝛc.) oder sonst aus den Gerichtsakten ersichtlichen Rechten zutrifft [5].

So ist der gemeinrechtliche Konkurs ein Zusammenfluß der verschiedensten gerichtlichen Funktionen geworden, ein Gemisch von Verhandlung und Entscheidung über streitige Ansprüche, von Hilfsvollstreckungsakten, Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Akten der reinen Ver-

[5] Vergl. über die vielfach bestrittene und zweifelhafte Frage, welche Forderungen als bekannt nicht unter den Präclusivbescheid fallen, Fecht, das Konkursverfahren in Württemberg S. 133 u. f.

mögensverwaltung (Curatel). Der Vortheil dieser Anhäufung von Geschäften lag unzweifelhaft nicht in der Sache selbst, sondern, was das württembergische Verfahren betrifft, in der Organisation der zur Erledigung der Geschäfte berufenen Behörden, in der Heranziehung der Notare und Gemeindebehörden zu den Funktionen des Gerichts. Die Gemeinderäthe als Unterpfands- und Exekutionsbehörden werden schon durch ihre Befugniß, Vermögensuntersuchung zu beantragen, zur Mitthätigkeit herangezogen. Einzelne Mitglieder wohnen der Liquidationsverhandlung als Urkundspersonen an. Der Notar, welcher zugleich Mitglied der Vormundschaftsbehörde (des Waisengerichts) ist, und daher gewöhnlich alle persönlichen Verhältnisse des Gemeinschuldners kennt, hat die Vermögensuntersuchung, die Grundlage des ganzen weitern Verfahrens, unter Zuziehung des Gemeinschuldners, seiner Ehefrau und des (provisorischen) Güterpflegers (Konkursverwalters) vorzunehmen. In der Vermögensuntersuchung ist von Amtswegen das gesammte Vermögen, Liegenschaft und Fahrniß im Besitze des Schuldners, auch das Beibringen beider Ehegatten, das in seiner Nutznießung befindliche Vermögen abgesondert, nebst allen übrigen Aktiven und Passiven zu beschreiben. Der Notar oder der Schultheiß hat den Verkauf der Fahrniß und Liegenschaft vorzunehmen, und zwar ohne Unterschied, ob Pfandrechtsansprüche darauf ruhen oder nicht. Der Notar ist der Aktuar bei der Liquidationstagfahrt, bei Massen nicht über 1000 fl., nimmt er ohne ein Gerichtsmitglied unter Zuziehung von zwei Gerichtszeugen die Liquidationshandlung vor. Endlich fertigt der Notar die Verweisung, in der Regel auch die Güterpflegrechnung. Diese gesammte Thätigkeit steht jedoch unter der Leitung und Aufsicht des Gerichts, welches überall selbst eingreifen kann und welchem alle gerichtlichen Akte, alle prozeßualischen Verfügungen, insbesondere der Präclusivbescheid und die Erlassung des Prioritäts- und Verweisungserkenntnisses ausschließlich vorbehalten sind.

Dieſe Organiſation bietet unleugbar für die zweckmäßige und alle Intereſſen wahrende Behandlung der Geſchäfte Garantieen, welche man nur ungern aufgeben wird. Der Verwalter (Güterpfleger) wird von Amtswegen in einer Weiſe unterſtützt, welche auch weniger geſchäftsgewandten Perſönlichkeiten die Uebernahme der Verwaltung möglich macht. Die ehelichen Güterverhältniſſe werden von Amtswegen berückſichtigt und die Auseinanderſetzung erfolgt, wenn auch nicht von Amtswegen, doch nicht ohne amtliche Mitwirkung, ſo daß die Frauen keine Gefahr laufen, durch Rechtsunkenntniß oder Verſäumniß beſchädigt zu werden. Für die Unterpfandsgläubiger iſt in einer Weiſe geſorgt, daß dieſelben faſt ohne jede eigene Thätigkeit ihrer Befriedigung, ſoweit der Pfanderlös und die ſog. gemeine Maſſe reicht, ſicher ſind. Durch die Präcluſion, das Prioritäts- und Verweiſungsurtheil wird jeder zufälligen Bevorzugung des einen Gläubigers vor dem Andern, ſofern dem Gläubiger nicht ſelbſt ein Verſäumniß zur Laſt fällt, unbedingt vorgebeugt.

Gleichwohl darf man unleugbare Nachtheile des beſtehenden Verfahrens nicht unterſchätzen und die Vortheile desſelben nicht überſchätzen.

Der weſentlichſte Nachtheil liegt in der mit dem Prinzip der Univerſalität des Konkurſes verbundenen Verzögerung. Zwar waren auch nach bisherigem Rechte Abſchlagszahlungen an die Gläubiger eingeführt; allein dieſe ſind nur zugelaſſen; die Gläubiger haben kein Recht hierauf und das Gericht kann ſie nur gegen Sicherheitsleiſtung geſtatten, ſoweit die Befriedigung eines Gläubigers gewiß iſt, da ſie ſtets nur die rechtliche Natur von Vorſchüſſen auf die ſpätere Verweiſung haben und das Gezahlte noch ein Aktivum der Maſſe bildet. Die Rückſicht auf die Unterpfandsgläubiger hat den Nachtheil, daß die in der Regel mehr gefährdeten unverſicherten Gläubiger bis zur Verſilberung der ganzen Pfandmaſſe hingehalten, hiedurch die allgemeinen Gantkoſten zum Nachtheil der letzteren ver-

mehrt und die Gelder der Gläubiger, welchen oft eine geringere Summe sogleich flüssig gemacht werthvoller ist, als eine höhere erst später flüssig werdende, festgelegt werden.

Allein auch für die Pfandgläubiger haben diese Grundsätze ihre Nachtheile. Auch sie sind mit ihrer Befriedigung durch den Gang des Konkursverfahrens bedingt. Das Pfand muß verwerthet werden, auch wenn gewiß ist daß für die gemeine Masse kein Ueberschuß des Erlöses übrig bleibt und wenn im Interesse des Pfandgläubigers, wie des Schuldners das Zuwarten auf eine bessere Zeit und bessere Verkaufsgelegenheit angezeigt ist. Der Erlös fließt nicht sofort an die Pfandgläubiger, wird vielmehr zunächst von dem Güterpfleger eingezogen und so der Pfandgläubiger der Möglichkeit von Verlusten durch rechtswidrige Handlungen Dritter ausgesetzt. Die Hineinziehung der Passivprozesse in das Konkursverfahren, zumal bei großen und verwickelten Konkursen, bei welchen schnelle Abschlagszahlungen von größtem Werthe sind, bildet ein unfehlbares Hinderniß rascher Abwickelung. Es müssen Monate vergehen, bis nur ein Ueberblick über das ungefähre Ergebniß des Verfahrens möglich ist.

Die Stellung des Güterpflegers in dem württembergischen Verfahren sodann ist eine zu passive, soweit nicht bei kaufmännischen Konkursen die besonderen Verhältnisse eine Ausnahme begründen. Seine Hauptthätigkeit besteht, erfahrungsgemäß in dem Einziehen der Ausstände und der Zahlung an die Gläubiger nach der Verweisung. Vorauszahlungen kann er nur auf Anweisung des Gerichts und gegen Sicherheitsleistung machen; nur bei Zahlungen an Pfandgläubiger vor der Verweisung ist keine Sicherheitsleistung zu verlangen. Zur Anlegung vorhandener Massemittel, sofern diese nicht bei der K. Hofbank gegen $2^1/_2$ Proz. Verzinsung geschieht, hat der Güterpfleger die Genehmigung des Gerichts einzuholen. Die Anordnung zum Verkauf der Masse trifft das Gericht. Nur ausnahmsweise wird der Güterpfleger mit demselben

beauftragt. Bei der Prüfung der Schulden hat zwar der Güterpfleger, wie jeder Gläubiger ein Widerſpruchsrecht. Bei allen bedeutenderen Konkurſen wird jedoch neben dem Güterpfleger ein beſonderer Gantanwalt (Kontradiktor) aus der Zahl der öffentlichen Rechtsanwälte aufgeſtellt (§. 962 der Civ.-Pr.-Ord. von 1868). Der Gantanwalt, wenn ein ſolcher aufgeſtellt iſt, der Güterpfleger nur, wenn ein Gantanwalt nicht beſtellt wurde, iſt der geſetzliche Vertreter „des Gemeinſchuldners und der Geſammtheit der Gläubiger" (Art. 914 der Civ.-Pr.-Ord. von 1868).

Das Verhältniß des Gläubigerausſchuſſes und der Geſammtheit der Gläubiger zu dem Gantgericht in Verwaltungsangelegenheiten iſt in dem beſtehenden Rechte ſehr unbeſtimmt. Von einer Selbſtändigkeit des Gläubigerausſchuſſes kann nur ſoweit die Rede ſein, als das Gericht ihn thatſächlich gewähren läßt. Ueberall aber und in allen Fragen kann das Gericht eingreifen. Nach einer Entſcheidung des Obertribunals vom 22. März 1824 kann das Gericht ſogar von Amtswegen öffentliche Rechtsanwälte, auch wenn ſie nicht Vertreter betheiligter Gläubiger ſind, als Mitglieder des Gläubigerausſchuſſes beſtellen. Alle Beſchlüſſe des Gläubigerausſchuſſes ſind der Genehmigung des Gantgerichts zu unterbreiten. Doch kann ſich der Gläubigerausſchuß auch ohne Berufung des Gerichts verſammeln.

Es mußte an alle dieſe Grundſätze erinnert werden, um den Gegenſatz, welchen hiegegen der Entwurf bildet, klar zu ſtellen.

Da die Konkurseröffnung nicht von Amtswegen, ſondern nur auf Antrag erfolgt, und ihre Bedingung nicht die Vermögensunzulänglichkeit, ſondern die Zahlungsun-

---

[6] Entgegen den in dem Gerichtsblatt (a. a. O. S. 104) ausgeſprochenen Bedenken erblicke ich hierin eine weſentliche Verbeſſerung des beſtehenden württ. Rechts, welches in dieſem Punkte der Kritik ein weites Feld bietet, wie ich in der angeführten Schrift §. 2) näher begründet habe.

fähigkeit ist", so fällt die Vermögensuntersuchung als Theil des präparatorischen Verfahrens weg. Sie ist erst nach der Konkurseröffnung von dem Güterpfleger vorzunehmen.

Das Verfahren nach eröffnetem Konkurs beschränkt sich nach dem Entwurf unter Ausschluß aller Aussonderungs- und Absonderungsansprüche und aller Rechtsstreitigkeiten über Aktiven und Passiven des Gemeinschuldners auf die Befriedigung der festgestellten Konkursforderungen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Konkurseröffnung, soweit nicht einzelne Theile durch Aussonderungs- oder Absonderungsansprüche aus der Masse ausgeschieden werden. Die aus diesem Grundsatze sich ergebenden praktischen Folgen, namentlich wie sich hiernach das Verfahren bezüglich der ebengenannten Ansprüche, bezüglich der Auseinandersetzung der Gesellschaftsverhältnisse des Gemeinschuldners, insbesondere der ehelichen Güterverhältnisse und der Behandlung der ungewissen und im Prozeß liegenden Konkursforderungen gestaltet, habe ich in der angeführten Schrift eingehender erörtert, daher an diesem Ort hierauf zu verweisen. Es genügt hier nur einige Punkte hervorzuheben:

1) Die Grundlage für die Vertheilung der flüssigen Mittel bildet „die Tabelle", in welche von dem Gerichtsschreiber jede Forderung nach der Anmeldung in der Rangordnung des beanspruchten Vorrechts und von dem Gericht (dem Amtsrichter) das Ergebniß der Erörterung einer jeden Forderung, welche in dem Prüfungstermin vorgenommen wird, einzutragen ist (§. 128 und 133 des Entwurfs).

2) So oft baare Mittel vorhanden sind, soll nach Abhaltung des Prüfungstermins eine Vertheilung an die Konkursgläubiger und sobald die Verwerthung der Masse beendigt ist, die Schlußvertheilung erfolgen (§. 137 und 149 des Entw.).

3) Diese Vertheilungen erfolgen auf Grund eines von dem Güterpfleger aufzustellenden Verzeichnisses, in

welches alle zu berücksichtigenden Gläubiger aufzunehmen sind und welches auf der Gerichtsschreiberei zum Zweck von Ergänzungen auf Anträge der Gläubiger aufzulegen ist.

4) Gläubiger, welche sich in der Anmeldefrist oder später nicht gemeldet haben, sind zwar nicht formell-rechtlich präcludirt, laufen jedoch Gefahr bei Abschlagsvertheilungen oder der Schlußvertheilung nicht berücksichtigt zu werden und haben die durch besondere Prüfungstermine erwachsenen besonderen Kosten zu leiden (§. 143).

5) Zur Vornahme von Vertheilungen, welcher stets außer der Auflegung des Verzeichnisses der zu berücksichtigenden Gläubiger die öffentliche Bekanntmachung der Summe der Forderungen und des verfügbaren Massebestands voranzugehen hat, ist von dem Verwalter die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen, wenn ein solcher bestellt ist.

6) Das Prioritäts- und Verweisungserkenntniß ist hiedurch entbehrlich geworden und kommt ganz in Wegfall.

Die Vereinfachung und Abkürzung des Konkursverfahrens nach dem Entwurf gegenüber dem bisherigen Verfahren ist aus diesen wenigen Grundsätzen ersichtlich und wird den Gläubigern wie den Schuldnern gleich vortheilhaft und erwünscht sein.

Der Güterpfleger ist nach dem Entwurf, welcher keine Creditorschaft als juristische Person und keinen Vermögensübergang auf die Gläubiger kennt, der Vertreter des Gemeinschuldners und als solcher selbständig zum Handeln für den Gemeinschuldner berufen. Er hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden und ist unzweifelhaft, obwohl hierüber der Entwurf keine spezielle Vorschrift gibt, für den in Verletzung dieser Pflicht verursachten Schaden den Gläubigern und dem Gemeinschuldner verantwortlich. Er vertritt nach Außen den Gemeinschuldner während des Konkurses mit voller rechtlicher Wirkung, so daß dieser durch dessen Handlungen nach Beendigung des Konkurses verpflichtet wird. Ein Gant-

anwalt wird nicht aufgeſtellt; deſſen Funktionen hat gleichfalls der Verwalter, welcher jedoch nicht verhindert ſein kann, ſich der Mitwirkung eines Rechtsanwalts zu bedienen. Nur in den in den §§. 121 und 122 beſtimmt bezeichneten Fällen iſt der Verwalter an die Zuſtimmung des Gläubigerausſchuſſes, wenn ein ſolcher beſtellt iſt, und der Gläubigerverſammlung gebunden.

Der Gläubigerausſchuß beſchließt mit abſoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen; zu ſeiner Beſchlußfähigkeit iſt die Anweſenheit der Mehrheit der Mitglieder erforderlich (§. 82). Die Gläubigerverſammlungen finden nur unter Leitung des Gerichts ſtatt und beſchließen mit abſoluter nach den Forderungsbeträgen zu berechnender Stimmenmehrheit, bei Gleichheit der Beträge entſcheidet die Zahl der Gläubiger (§. 86). Die Mitglieder des Gläubigerausſchuſſes haften für die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters. Die Beſchlüſſe des Gläubigerausſchuſſes und der Gläubigerverſammlung bedürfen der Genehmigung des Gerichts nicht.

Man erſieht aus dem Vorſtehenden, daß es ganz richtig iſt, wenn in dem Gerichtsblatt a. a. O. geſagt wird, daß der Entwurf ſich beſtrebt „die maßgebende Aktion in die Hände des Verwalters und der Gläubigerſchaft zu verlegen". Allein es geſchieht dieß unter ſolchen näheren Vorſchriften und Cautelen, daß Benachtheiligungen einzelner Gläubiger und des Gemeinſchuldners nicht zu befürchten ſind, ſofern dieſe ſelbſt ſich um ihre Intereſſen bekümmern, die geeigneten Perſönlichkeiten als Verwalter beſtellt und in den Gläubigerausſchuß gewählt werden.

Allerdings kann es auf den erſten Blick bedenklich erſcheinen, daß in Zukunft die Notare, welche bisher das wichtigſte und eigentlich beſtimmende Element der amtlichen Thätigkeit im württ. Konkursverfahren waren, nicht mehr durch das Geſetz ſelbſt zur Mitwirkung berufen ſind und daß Geſchäfte, welche die Grundlage und den ſichern Ab-

ſchluß des Verfahrens bildeten und von den Notaren beſorgt wurden, Vermögensunterſuchung, Vertheilung der flüſſigen Mittel und Güterpflegrechnung, künftig nicht von dieſen Beamten nach dem Geſetze vorzunehmen, ſondern dem Verwalter zur Aufgabe gemacht ſind. Das in dem Gerichtsblatt a. a. O.[7] ausgeſprochene Bedenken, ob es die Verwalter immer fertig bringen werden, dieſer Aufgabe zu genügen, namentlich brauchbare Inventare zu liefern, liegt daher ſehr nahe. Auch ihre Thätigkeit bei den Abſchlags- und Schlußvertheilungen, bei der Vertheilung der Aktivmaſſe und Prüfung der Schulden iſt eine verantwortungsvolle mit einer dem Güterpfleger bisher nicht gelaſſenen Selbſtändigkeit. Wenn daher nicht die geeigneten Perſönlichkeiten zur Uebernahme der Konkursverwaltungen ſich finden laſſen, können wohl unliebſame Verwicklungen und Störungen des Verfahrens eintreten.

Allein man hat nicht zu befürchten, daß die geeigneten Perſönlichkeiten für die Güterpfleger in Württemberg fehlen werden. Meines Erachtens ſind es außer den Rechtsanwälten die Notare, auf welche man bei der Wahl ſich ganz von ſelbſt hingewieſen ſehen wird. Nicht als Beamte, wie bisher, aber als Verwalter werden dieſelben auch fortan die bisher geübte Thätigkeit im Gantweſen auszuüben berufen ſein und dieſe Stellung wird eine klarere, und einfachere ſein, als ihre bisherige. Daß ſie häufig nicht an dem Wohnorte des Gemeinſchuldners ihren Sitz haben werden, ändert hieran nichts. Die größeren Geſchäfte, wie die Vermögensunterſuchung und den Fahrnißverkauf werden ſie auch als Verwalter an Ort und Stelle vornehmen. Die andern Geſchäfte können ſie ohne Nachtheil vom Amtsſitze aus beſorgen. Das Verzeichniß, die Feſtſtellung der Prozentſätze bei den Vertheilungen, die Güterpflegrechnung, kurz alle wichtigeren Akte werden ſie als Verwalter ebenſogut erledigen, wie ſie es bisher

[7] S. 108 Note. 14, S. 166.

als Beamte gethan haben. Selbst wenn, was auf dem Lande noch zweifelhaft ist, im Laufe der Zeit eine Verminderung der Notarstellen, in Folge ihrer Befreiung von den Gantgeschäften sich als möglich ergeben würde, wird es nicht an verfügbaren Kräften aus dem Notariat für die Verwaltersstellen fehlen. In Städten aber und namentlich bei kaufmännischen Konkursen haben schon bisher die geeigneten Kräfte nicht gefehlt, welche der Aufgabe als Konkursverwalter gewachsen sind. Erfahrungsgemäß erwerben sich auch außerhalb des Kreises der Anwälte und der Notare Einzelne für die Thätigkeit als Konkursverwalter in einfacheren Sachen die nöthige Uebung. Die Erfahrungen, welche man in Preußen nach Einführung der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 gemacht hat, welche dem Güterpfleger im Wesentlichen dieselbe Stellung gibt, wie der Entwurf, können hierüber vollständig beruhigen. Wenn sich dort überall die nöthigen Kräfte gefunden haben, so werden sie auch in Württemberg nicht fehlen. Wenn der Entwurf hiebei eine stete Kontrole des Verwalters durch die Gläubiger voraussetzt, wozu denselben durch die Vorschriften über die Wahl des Güterpflegers, den Prüfungs- und den Schlußtermin, sowie über die Berichtigung des Verzeichnisses der bei den Vertheilungen zu berücksichtigenden Gläubiger und die Bekanntmachung der verfügbaren Mittel und der Summe der Forderungen ausreichende Gelegenheit gegeben ist, so ist dieß allerdings ein neues Prinzip gegenüber dem Geiste des bisherigen Verfahrens, nach welchem die Gläubiger, welche nicht in den Ausschuß gewählt waren, nach der Liquidation ihrer Forderung, wenn sie anerkannt war, jede weitere Thätigkeit aufgaben und mit einer oft bewundernswerthen Passivität die Uebersendung des Verweiszettels und der Dividende aus den Händen des Güterpflegers erwarteten. Man wird aber auch hierin dem Entwurf nur beipflichten können. Nur muß man sich hiebei vergegenwärtigen, daß das Verfahren nach dem Entwurf

überhaupt ein viel einfacheres ist, als bisher. Durch die Ausscheidung aller Aussonderungs- und Absonderungsansprüche und der Verhandlungen über bestrittene Forderungen, durch die ganz festen und klaren Bestimmungen über die Behandlung der bestrittenen, betagten und bedingten Forderungen, endlich durch die Einschränkung der Vorzugsrechte wird die Uebersicht über das Aktiv- und Passivvermögen des Gemeinschuldners außerordentlich erleichtert und eine vorgängige Klassifikation und Verweisung durch das Gericht unbedingt entbehrlich. Für das Konkursverfahren kann sonach ohne alle Nachtheile für die gesetzmäßige Geschäftsbehandlung die Hauptthätigkeit sehr wohl dem Verwalter und den Gläubigern selbst überlassen werden. Dabei hat aber das Gericht alle Mittel gleichwohl in der Hand, die Gesetzmäßigkeit dieser Thätigkeit zu überwachen. Es kann zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse die erforderlichen Ermittlungen, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen anordnen (§. 67), es hat eine Disziplinarstrafgewalt gegen den Verwalter bis zu 200 Mark und kann denselben, vor der Ernennung durch die Gläubigerversammlung von Amtswegen, nach derselben auf Antrag des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung entlassen (§. 76). Das Gericht hat die Befugniß, die Ausführung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung auf Antrag eines überstimmten Gläubigers zu untersagen, wenn der Beschluß dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht (§. 91), die Gläubigerversammlung zu berufen, welche unter seiner Leitung steht (§. 85, 86); es kann eine Rechtshandlung des Verwalters auf Antrag des Gemeinschuldners, sofern nicht die Gläubigerversammlung die Genehmigung ertheilt hat, vorläufig bis zu einem Beschluß der Gläubigerversammlung in den Fällen der §. 122 und 123 untersagen (§. 125) es entscheidet über Einwendungen gegen das Verzeichniß (§. 146 und 150). Nur wenn die Gläubigerversammlung über Verwaltungs-

akte Beschlüsse gefaßt hat, gegen welche von keinem Gläubiger in der Versammlung selbst ein Antrag auf Verwerfung an das Gericht gebracht wird, hat die Einwirkung des Gerichts ihre Grenze, was prinzipiell richtiger ist, als der Grundsatz des bestehenden Rechts, wonach die Genehmigung des Gerichts bei Verfügungen zur Verwerthung der Aktivmasse, und zum Einzug der Aktivposten, also allen wesentlichen Verwaltungsakten [8] erforderlich ist.

Wenn nach dem Ausgeführten das eigentliche Konkursverfahren, wie sich solches nach dem Entwurf gestaltet, für den Konkurs von Geschäftsleuten zumeist, übrigens auch für den Konkurs Anderer seine unverkennbaren Vorzüge hat, auch nach Ansicht des Verfassers in der Ausführung und Anwendung weniger Schwierigkeiten finden und sich schneller praktisch einleben wird, als in der Besprechung des Gerichtsblatts angenommen ist, bietet dagegen der Entwurf in den Bestimmungen über das materielle Konkursrecht mit den Vorschriften über die Behandlung der Aussonderungs- und Absonderungsrechte außerhalb des Konkurses und die Berücksichtigung derjenigen Konkursforderungen, für welche eine abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, ungleich größere Schwierigkeiten für seine Anwendung in den verschiedenen Rechtsgebieten Deutschlands.

Der Verfasser hat sich daher die Erörterung dieses Theils des Entwurfs mit spezieller Bezugnahme auf das württembergische Recht zur besondern Aufgabe in der mehrerwähnten Schrift gemacht.

2) Die Ansprüche der in der Errungenschaftsgesellschaft lebenden Ehefrau nach dem Entwurf.

Der Entwurf hebt das bisherige Vorzugsrecht der Bei-

---

[8] Justiz-Ministerial-Verfügung vom 23. Dezember 1855 §. 20. Fecht Konkurs S. 39.

bringensforderung der Ehefrau auf [9]. Außerdem enthält derselbe drei Bestimmungen, welche die Ansprüche der Ehefrau im Konkurse des Mannes berühren.

1) Der §. 14 bestimmt, daß, wenn sich der Gemeinschuldner in einem Miteigenthum in einer Gesellschaft oder in einer andern Gemeinschaft befindet, die Theilung oder sonstige Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens erfolgt.

2) Bezüglich der Aussonderungsansprüche der Frau bestimmt der §. 37, daß sie Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen kann, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind. Im Uebrigen gelten nach der allgemeinen Regel des §. 35 bezüglich der Aussonderungsansprüche der Ehefrau „die außerhalb des Konkursgesetzes geltenden Gesetze".

Die eingehende Erörterung dieser zwei Bestimmungen in ihrer Wirkung auf die Ansprüche der Ehefrau nach württembergischem Recht in der mehrerwähnten Schrift gelangt zu dem Ergebniß, daß die Ausscheidung der Auseinandersetzung der ehelichen Güterverhältnisse aus dem Konkursverfahren nur als eine formelle Abänderung des Bestehenden ohne sachlichen Einfluß wirken wird und daß nach dem über die Aussonderungsrechte der Ehefrau in Württemberg geltenden bürgerlichen Rechte die Beschränkung des §. 37 des Entwurfs überhaupt gegenstandslos ist, da überall, wo einem Aussonderungsanspruch der Ehefrau der §. 37 des Entwurfs entgegenstehen würde, ein solcher nach dem württ. Rechte nicht Platz greift, welches dem Eigenthum der Ehefrau engere Grenzen zieht, als die beschränkende Vorschrift des §. 37 zulassen würde.

---

[9] Die Aufhebung dieses Vorzugsrechts, welche im Hinblick auf die Verwaltungsbefugnisse des Mannes nicht unbedenklich ist, übrigens schon früher durch eine Motion Fetzer's in Württ. in Anregung gebracht war (Verh. d. K. d. Abg. v. 1848 II .B. .B 23. II. L. V. S. 437—439), ist mit Erfolg nicht zu bekämpfen. Vergl. die Motive S. 259—262.

3) Anders verhält es ſich mit einer dritten, für die Anſprüche der Ehefrau maßgebenden Beſtimmung des Entwurfs. Der §. 44 beſtimmt:

> Wer ſich mit dem Gemeinſchuldner in einem Miteigenthum, in einer Geſellſchaft oder in einer andern Gemeinſchaft befindet, kann wegen der auf ein ſolches Verhältniß ſich gründenden Forderungen abgeſonderte Befriedigung aus den bei der Theilung oder ſonſtigen Auseinanderſetzung ermittelten Antheilen des Gemeinſchuldners verlangen.

Die Wirkung dieſer Beſtimmung auf die Auseinanderſetzung der ehelichen Güterverhältniſſe des Gemeinſchuldners in Verbindung mit der Aufhebung des Vorzugsrechts der Ehefrau für ihre Beibringensforderung ſoll im folgenden näher erörtert werden. Dabei iſt von der Behandlung dieſer Anſprüche im Konkurſe des Ehemanns und dem Einfluß des Konkurſes des Ehemanns auf die Errungenſchaftsgeſellſchaft nach dem beſtehenden Rechte anzugehen.

Die Errungenſchaftsgeſellſchaft wird bekanntlich durch den Konkurs des Mannes nicht von Rechtswegen aufgehoben. Aber der Konkurs des Ehemanns berechtigt die Frau,[10] die Aufhebung derſelben durch ihre hierauf gerichtete Willensäußerung herbeizuführen. Dieſes Recht (die ſog. weiblichen Freiheiten) wurde durch die Gewohnheit eingeführt und in Art. 68 des Pfandentw.-Geſetzes vom 21. Mai 1828 ausdrücklich anerkannt. Die Ehefrau muß erklären, daß ſie von den weiblichen Freiheiten Gebrauch machen wolle, was auch durch ſchlüſſige Handlungen, z. B.

---

[10] Auf die andern Fälle, in welchen die Ehefrau die weiblichen Freiheiten anrufen kann, verſchwenderiſches Leben des Ehemanns und Auflöſung der Ehe durch Tod oder Scheidung beim Vorhandenſein einer ſog. ehelichen Einbuße, ferner auf die Gründe der Ausſchließung der Ehefrau von dieſer Rechtswohlthat, wie auf andere Beſonderheiten der württ. Errungenſchaftsgeſellſchaft iſt hier nicht weiter einzugehen. Reyſcher, Württ. Privatrecht §. 558 u. f. Lang Perſonenrecht §. 46 u. f.

die Weigerung, Socialschulden zu bezahlen, geschehen kann. Allein auch wenn die weiblichen Freiheiten nicht angerufen werden oder aus besonderen Gründen nicht angerufen werden können, Fälle, welche allerdings die Ausnahme bilden, äußert der Konkurs des Ehemanns seinen Einfluß auf die Vermögensbeziehungen der Ehegatten zu einander. Jeder dieser Fälle ist daher besonders zu erörtern.

I. Wenn die Ehefrau die weiblichen Freiheiten nicht angerufen hat oder zu denselben nicht zugelassen wird, bleibt sie trotz der Konkurseröffnung in der Errungenschaftsgesellschaft, in der Gemeinschaft. Sie ist aber nicht verbunden, an den Privatschulden des Mannes mitzuzahlen. Privatschulden des Mannes sind alle diejenigen Verbindlichkeiten desselben, welche nicht unter den Begriff der ehelichen Lasten, d. h. des zum Besten der ehelichen Gesellschaft gemachten Aufwands fallen. Ueber die casuistisch bis ins Einzelne entwickelten Grundsätze der Ausscheidung von socialen und Privatverbindlichkeiten ist auf das bürgerliche Recht zu verweisen. Insbesondere gehören bekanntlich zu den Privatschulden des Ehemanns alle Verbindlichkeiten desselben, welche bei Eingehung der Ehe von ihm kontrahirt waren nebst Zinsen hieraus bis zur Perfektion der Ehe, Verbindlichkeiten aus Bürgschaften des Ehemanns, alle Schulden, welche zur Bestreitung einer ihm obliegenden Sonderlast eingegangen wurden, z. B. zur wesentlichen Verbesserung seines Beibringens, für unmäßige Zehrungen, Spielschulden, Obligationen aus einem Delikt. Doch ist im Zweifel eine von dem Manne kontrahirte Schuld als eheliche Schuld zu betrachten, außer wenn dieselbe in verschwenderischen oder unerlaubten Zwecken ihren Grund hatte [11].

Als ganz unzweifelhafte Folge des Grundsatzes, daß auch die in der Errungenschaftsgesellschaft bleibende Frau

[11] Württ. Landrecht IV. Tit. 4, §. 3. Reyscher a. a. O. §. 564.

im Gante ihres Mannes nicht für deſſen Privatſchulden haftet, wird das Recht der Frau nach dem württ. Recht anerkannt, aus dem Konkurſe des Ehemanns ihr Privatvermögen und die Hälfte des Errungenen (d. h. während der Ehe Erworbenen) ſofern beides nicht durch die Einbuße erſchöpft iſt, zurückzufordern. Dieſes Recht kann auch nach dem Entwurfe keinem Zweifel unterliegen. Die Ehefrau hat in Gemäßheit des §. 35 des Entwurfs ein Ausſonderungsrecht an denjenigen Theilen des geſammten vorhandenen Vermögens, welche nach dem außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Rechte nicht dem Manne gehören, da der oben erwähnte §. 37 des Entwurfs der Anwendung des bürgerlichen Rechtes in Württemberg eine Schranke nicht zieht. Hiezu iſt aber nicht nur Alles zu zählen, was nicht als Errungenſchaft (Erwerb während der Ehe) gemeinſchaftliches Vermögen der Ehegatten geworden und als Sondervermögen der Frau zu behandeln iſt, ſondern auch ihr hälftiger Antheil an dem während der Ehe Erworbenen. Die Ehefrau hat nicht nur einen perſönlichen Anſpruch auf Herausgabe der Hälfte des Erworbenen an den Mann, ſondern ſie iſt zur Hälfte Miteigenthümerin und kann als ſolche die Herausgabe dieſer Hälfte aus der Maſſe des Mannes verlangen. Zu dieſem Zwecke iſt eine Theilung oder Auseinanderſetzung zwiſchen den Ehegatten, obgleich die Errungenſchaftsgeſellſchaft nicht aufgelöst iſt, in folgender Weiſe vorzunehmen:

1) Was als Sondervermögen der Ehegatten[12] zu behandeln iſt, wird ihnen vermöge ihres Ausſonderungsrechts zugetheilt, ebenſo

2) kraft Ausſonderungsrechts je die Hälfte der Errungenſchaft.

---

[12] Lang a. a. O. S. 314. Nach dem Sprachgebrauch des Entwurfs, welcher die Ausſonderungsrechte von den Abſonderungsrechten genau unterſcheidet, iſt das Recht der Frau ein Ausſonderungsrecht.

3) Jedem Ehegatten sind die Socialschulden zur Hälfte zuzutheilen,

4) ist zu berechnen, ob und was jeder Ehegatte an den andern oder an die Errungenschaftsgesellschaft für ein veräußertes oder verbrauchtes Sondergut anzusprechen hat und diese Forderung ist gegen den andern Ehegatten im ersten Falle ganz, im letztern Falle zur Hälfte zu verfolgen.

5) Für diese Forderung steht der Frau nach bisherigem Recht ein Vorzugsrecht III. Klasse zu.

6) In der Masse des Manns sowohl als der Frau gegenüber konkurriren jedoch nach bisherigem Recht die Gesellschaftsgläubiger mit den Privatgläubigern des einen oder andern Ehegatten, ohne ein abgesondertes Befriedigungsrecht, da das Aussonderungsrecht des Art. 65 des Pfandentw.-Gesetzes von 1828 nur auf die dort genannten Gesellschaften Anwendung findet.

Von diesen Sätzen werden nur die zwei letzten durch den Entwurf berührt.

Das Vorzugsrecht III. Klasse für die Beibringensforderung der Ehefrau hört auf.

Sodann räumt der oben wieder gegebene §. 44 des Entwurfs ein Absonderungsrecht ein, welches nach bisherigem Rechte der Ehefrau nicht zustand. Jeder Theilhaber an der Societät, dem gemeinschaftlichen Eigenthum oder der Gemeinschaft hat nach §. 44 das Recht, vor der Herausgabe des Antheils des im Konkurs befindlichen Mittheilhabers an dem gemeinschaftlichen Vermögen nicht nur die Schulden, soweit dieses für dieselben haftet, sondern auch seine persönlichen Ansprüche, soweit sie aus dem Gemeinschaftsverhältniß hervorgegangen sind, zu befriedigen. Er hat nur den Netto- nicht den Bruttoantheil abzuliefern, bezw. für seine Gesellschaftsansprüche abgesonderte Befriedigung, wie die Gläubiger einer Handelsgesellschaft anzusprechen. Hiemit ist ein Recht der Ehefrau auf abgesonderte Befriedigung ihrer nach Ziffer 4 sich ergebenden Ansprüche an die Errungenschaftsgesell-

ſchaft aus dem Antheil des Ehemanns unter Ausſchluß ſeiner Privatgläubiger anerkannt, welches ihr bisher nicht zuſtand und welches ganz verſchieden wirkt, je nachdem während der Ehe ein ſtärkerer oder weniger ſtarker Umſatz von Beibringensſtücken ſtattgefunden hat. Auch inſofern wirkt dieſes Abſonderungsrecht ungleich, als die Ehefrau abgeſehen von einer ausdrücklichen Uebernahme der Solidarhaft nur für die Hälfte der Errungenſchaftsſchulden, der Ehemann faſt immer [13] für den ganzen Betrag haftet. Die Ehefrau hat daher in der Regel nur bezüglich ihrer Anſprüche an die Errungenſchaft, nicht aber wegen der Socialſchulden ein Intereſſe, den Abſonderungsanſpruch zu verfolgen, da ſie keinenfalls, mögen die Socialgläubiger für die den Antheil des Mannes belaſtende Hälfte dort ganz oder nur theilweiſe befriedigt werden, für mehr als die Hälfte, für dieſe aber auch unter allen Umſtänden haftet. Dagegen iſt der Konkursverwalter als Vertreter des Ehemanns dabei intereſſirt, daß die auf den Antheil der Ehefrau entfallende Hälfte der Socialſchulden von dieſer auch wirklich befriedigt wird, da der Ausfall auf die Maſſe des Ehemanns, welcher ſolidariſch haftet, zurückfallen würde.

Der Konkursverwalter wird alſo jedenfalls, wenn die Frau auch im Konkurs iſt, von dieſem Abſonderungsrechte Gebrauch machen, um ganz ſicher zu ſein, daß der Hälfte der Errungenſchaftsſchulden, welche aus der Errungenſchaftshälfte der Frau zu befriedigen ſind, durch Privatgläubiger der Frau keine Konkurrenz gemacht wird. Die Ehefrau dagegen wird an die Errungenſchaftshälfte des Mannes nur bis zum Betrag ihrer Beibringensforderung und nicht zugleich für die Socialgläubiger von ihrem Abſonderungsrecht Gebrauch machen.

---

[13] Den kaum einmal vorkommenden Fall ausgenommen, daß er ſich ausdrücklich bloß für die Errungenſchaftsgeſellſchaft verbindlich gemacht hat. Reyſcher a. a. O. §. 564 Nr. 13, cf. arg. Art. 68 des Pfand-Entwurf Geſetzes.

Die Errungenschaftsgläubiger dagegen haben als solche ein Absonderungsrecht an der Errungenschaftshälfte des Ehemanns nach dem bestehenden württ. Recht nicht. Der §. 44 des Entwurfs, welcher nur von dem Absonderungsrecht desjenigen spricht, der in der Gemeinschaft steht, verleiht ihnen ein solches gleichfalls nicht. Ebensowenig hat nach dem Wortlaut des §. 44, welcher nur dem dem Gemeinschuldner gegenüberstehenden Theilhaber an dem Antheil des Ersten ein Absonderungsrecht einräumt, der Verwalter ein Recht, die abgesonderte Befriedigung der Socialgläubiger aus dem Antheile des Gemeinschuldners an dem Gesellschaftsvermögen vor dessen Privatgläubigern und in Konkurrenz mit dem Absonderungsanspruch der Ehefrau bezüglich ihrer Beibringensforderung in Anspruch zu nehmen. Die Ehefrau wird daher häufig bezüglich ihrer Beibringensforderung an die Errungenschaftsgesellschaft ebenso sicher zur Befriedigung kommen, als bisher durch Geltendmachung des Vorzugsrechts.

Ein Beispiel wird diese eigenthümlichen Wirkungen der Vorschrift des §. 44 anschaulich machen.

Der Mann hat Liegenschaften im Werth von 10,000 Mark, die Frau im Werth von 20,000 Mark in die Ehe gebracht. Von dem Vorhandensein von Forderungen und Fahrniß wird zur Vereinfachung des Beispiels abgesehen.

Der Mann geräth in Konkurs und es ergiebt sich eine Verminderung des Beibringens beider Ehegatten durch Mindererlös oder Minderwerth von 10,000 Mark, außerdem sind an Socialschulden 6000 M., an Privatschulden des Mannes für Zahlung einer Bürgschaft 7000 M. vorhanden.

Die Befriedigung der Frau und der Gläubiger ist in Anwendung des §. 44 des Entw. verschieden, je nachdem im Laufe der Ehe keine Liegenschaft verkauft, bezw. für die verkaufte Liegenschaft surrogirt worden ist oder alle oder nur die Liegenschaft der Frau verkauft worden ist.

A. Wurde keine Liegenschaft veräußert oder an die

Stelle der verkauften der neue Erwerb an Liegenschaft in gleichem Werth surrogirt, wobei zur Vereinfachung vorausgesetzt wird, daß sich der Mindererlös oder Minderwerth der vorhandenen Liegenschaft gleichmäßig auf die Liegenschaft des Mannes und der Frau vertheilt, so erhält die Frau

1) ihre beigebrachte Liegenschaft im Beibringensanschlag von 20,000 Mark, welche sich nach dem neueren Werthsanschlag um $^1/_3$ auf 13,333 Mark 33 Pfg. vermindert hat. Außerdem hat sie die Hälfte der Socialschulden mit 3000 Mark zu bezahlen, sie erhält sonach frei mittelst Aussonderungsrechts einen Werth von 10,333 Mark 33 Pfg.

2) Auf Grund der Auseinandersetzung der Gemeinschaft hat die Ehefrau zu fordern ihr Beibringen im Anschlag von 20,000 Mark, im jetzigen Werth von 13,333 Mark 33 Pfg. Von der Gesammteinbuße von 16,000 Mark hat der Ehemann 3333 Mark 33 Pfg., die Ehefrau 6666 Mark 67 Pfg. als Minderwerth des Beibringens zu leiden, die weiteren 6000 Mark Socialschulden oder Mehreinbuße jeder Theil zur Hälfte mit 3000 Mark, die Ehefrau hat sonach zu fordern 13,333 Mark 33 Pfg. weniger 3000 Mark, welche sie nach 1) mittelst Aussonderungsrechts erhalten hat.

3) Die Gläubiger des Mannes, die Socialgläubiger zur Hälfte mit 3000 Mark, und die Privatgläubiger mit 7000 Mark, sind auf den Erlös der Liegenschaft mit 6666 Mark 67 Pfg. zu verweisen, erhalten sonach 66,66 Proz.

B. Setzt man aber bei gleicher Einbuße den Fall, daß die beigebrachten Liegenschaften beider Ehegatten veräußert und ohne Surrogirung andere Liegenschaften mit einem Aufwand von 30,000 Mark erworben wurden, welche im Konkurs um 20,000 Mark veräußert oder geschätzt sind, so ergiebt sich folgendes Resultat:

1) Die Frau erhält die Hälfte der Liegenschaft oder

des Erlöses, da die gesammte Liegenschaft Errungenschaftseigenthum (Errungenschaft) ist, mit 10,000 Mark, und hat die Hälfte der Socialschulden mit 3000 Mark zu übernehmen. Sie erhält also 7000 Mark.

2) Sie hat zu fordern 20,000 Mark für ihre verkaufte Liegenschaft, deren Werth in die Errungenschaftsgesellschaft geflossen ist, abzüglich der Hälfte der Einbuße von 16,000 Mark mit 8000 Mark, mithin 12,000 Mark.

Sie erhält aber nach 1) nur 7000 Mark, hat sonach an die Errungenschaftsgesellschaft, d. h. an die dem Ehemann zugefallene Hälfte des Erworbenen eine Forderung von 5000 Mark, diese zieht sie, ohne für die Socialgläubiger bezüglich der dem Antheil des Mannes zugewiesenen Hälfte das Absonderungsrecht des §. 44 geltend zu machen, von der Errungenschaftshälfte des Mannes unter Berufung auf §. 44 ab, wo sie sie, da dieselbe 10,000 Mark beträgt, vollständig erhält.

3) Zur Befriedigung der Sociglgläubiger bezüglich der auf den Mann überwiesenen Hälfte ihrer Forderungen und der Privatgläubiger des Mannes, welche mit gleichem Rechte konkurriren, bleiben nur 5000 Mark, die Gläubiger erhalten sonach nur 50 Proz.

C. War nun aber nur das Gut der Frau während der Ehe um 20,000 Mark verkauft und der Erlös zur Erwerbung eines Waarenlagers, selbstverständlich ohne Surrogirung verwendet, wobei zur Erhaltung der Gleichheit dieselbe Einbuße und Schuldensumme und die gleiche Vertheilung des Mindererlöses von 10,000 Mark auf die Liegenschaft des Mannes mit 3333 Mark 33 Pfg. und das Waarenlager mit 6666 Mark 67 Pfg. vorausgesetzt wird, so ergiebt sich folgendes Resultat:

1) Die Ehefrau erhält mittelst Aussonderungsrechts die Hälfte des Waarenlagers oder des Erlöses (der Errungenschaft) mit 6666 Mark 66 Pfennig und hat die Hälfte der Socialschulden mit 3000 Mark zu übernehmen.

2) Sie hat nach der Theilung der Gesellschaft zu fordern 20,000 Mark abzüglich der Hälfte der Einbuße von 8000 Mark, mithin 12,000 Mark, erhielt frei 3666 Mark 66 Pfg., ihre Forderung beträgt also noch 8333 Mark 33 Pfg., welche sie mit Absonderungsrecht von dem Errungenschaftsantheil des Mannes abzieht und soweit dieser nicht reicht, ohne Vorzugsrecht im Gante des Mannes fordert.

3) Der Ehemann erhält: a) Antheil an der Errungenschaft (dem Erworbenen) die Hälfte des Waarenlagers mit 6666 Mark 67 Pfg. Von diesen verlangt die Ehefrau für 8333 Mark 33 Pfg. mittelst Absonderungsrechts nach §. 44 Befriedigung. Diese 6666 Mark werden also nicht nur ganz von ihr weggenommen, sondern es bleibt noch ein unbefriedigter Rest von 1666 Mark 66 Pfg., welchen sie im Konkurs des Mannes fordert.

b) Zur Befriedigung dieses Restes, der Hälfte der Socialschulden mit 3000 Mark und der Privatschulden mit 7000 Mark, bleibt das Beibringen des Ehemanns mit einem Erlös von 6666 Mark 33 Pfg. Jeder Gläubiger erhält sonach 57,20 Proz.

Im Fall A. erhält die Frau frei 10,333 M. 33 Pfg. im Fall B. 12,000 M., im Fall C. 10,921 M. 12 Pfg.

Im Fall A. erhalten die Gläubiger 66,66 Proz., im Fall B. 50 Proz., im Fall C. 57,20 Proz.

Nach dem bisherigen Rechte wird das Ergebniß im Fall A. und B. dasselbe, wie nach dem neuen Rechte im Fall A. und B. sein, im Fall C. wird das Ergebniß des alten Rechts dasselbe wie im Fall B. sein. Dagegen würde sich nach Aufhebung des Vorzugsrechts und ohne das Absonderungsrecht des §. 44 im Fall A. das Ergebniß gleich, im Fall B. und C. jedoch ungleich ungünstiger für die Frau, günstiger für die Gläubiger stellen. Im Fall B. würden die Gläubiger 57,20, im Fall C. 72,7 Proz. bekommen und die Frau um das Mehr dieser Prozente unbefriedigt bleiben.

II. Wenn die Ehefrau die weiblichen Freiheiten anruft, wird die eheliche Errungenſchaftsgeſellſchaft aufgehoben [14]. Die nächſte Wirkung iſt, daß ſie ihr geſammtes Beibringen, ohne mit demſelben für die eheliche Einbuße einſtehen zu müſſen, zurückfordert. Für die Socialſchulden haftet ſie nur, ſoweit ſie eine Schuld gemeinſchaftlich mit dem Ehemann kontrahirt, insbeſondere wenn ſie den Schuldſchein mitunterſchrieben hat, auch ohne die Förmlichkeiten der Interceſſion zur Hälfte, für andere von dem Manne kontrahirte Social- und Privatſchulden iſt ſie nur nach den Grundſätzen der Interceſſion bei ausdrücklicher Verbürgung unter den Förmlichkeiten der Interceſſion mitverbindlich. Dagegen hat ſie auch keine Anſprüche an alle während der Ehe gemachten Erwerbungen, ſoweit ſie dieſelben nicht nach allgemeinen Grundſätzen mit Ausſonderungsrecht, nicht als Theile des Beibringens beanſpruchen kann.

Die Auseinanderſetzung iſt hienach in dem Fall der Anrufung der weiblichen Freiheiten einfacher, als im erſten Fall.

Es iſt zunächſt das Beibringen ebenſo, wie im erſten Falle feſtzuſtellen und bei Werthsveränderungen richtig zu ſtellen. Das ſo feſtgeſtellte Beibringen hat die Ehefrau vollſtändig anzuſprechen. Dieſen Anſpruch verfolgt ſie als Ausſonderungsrecht, ſoweit ſie Eigenthümerin iſt. Hiebei gelten dieſelben Grundſätze, wie in dem Falle, wenn die Ehefrau die weiblichen Freiheiten nicht angerufen hat.

Soweit die Ehefrau nicht durch Geltendmachung ihres Ausſonderungsrechts ihr Beibringen zurückerhält, hat ſie

---

[14] Das Nähere über die Haftpflicht der Frau für die von dem Manne kontrahirten Schulden nach württ. Recht gehört nicht hieher. Vergl. Reyſcher, §. 569. Lang a. a. O. S. 303. 304. Ebenſo kann die beſtrittene Frage, ob die Errungenſchaftsgeſellſchaft von Rechtswegen wieder beginnt oder hiezu eine auf die Fortſetzung derſelben gerichtete Willensäußerung erforderlich iſt, hier unerörtert bleiben. Vergl. Lang a. a. O. S. 306, Note 22.

einen Anſpruch auf Erſatz als Konkursgläubigerin aus der Maſſe des Mannes, welche durch deſſen Beibringen und das geſammte Errungenſchafts-Vermögen gebildet wird. Das ihr bisher zugeſtandene Vorzugsrecht III. Klaſſe hört jedoch auf und ſie konkurrirt mit den ſämmtlichen Errungenſchafts- und Privatgläubigern, wenn und ſoweit ihr nicht an dem Errungenſchaftsvermögen ein Abſonderungsanſpruch in Anwendung des §. 44 des Entwurfs zuſteht.

Darüber nun, ob der §. 44 des Entwurfs auch in dem Falle, wenn die Ehefrau die weiblichen Freiheiten angerufen hat, ihr für ihre Beibringensforderung zur Seite ſteht, was keinem Zweifel unterliegen kann, wenn ſie die weiblichen Freiheiten nicht angerufen hat, iſt es nicht leicht eine unanfechtbare Anſicht auszuſprechen. Für die Verneinung der Frage müßte man ſich unzweifelhaft entſcheiden, wenn die Anrufung der weiblichen Freiheiten rechtlich die Bedeutung hätte, daß die Errungenſchaftsgeſellſchaft rückwärts, mit rückwirkender Kraft aufgehoben werde, ſonach der Anſpruch auf Erſatz des Beibringens eine Forderung an den Mann, hervorgegangen aus deſſen Verwaltungsrecht und nicht aus der rückwärts aufgelösten Errungenſchaft wäre. Allein dieſe Auffaſſung hat weder in der württ. Geſetzgebung, noch in der württ. Praxis und Theorie einen beſtimmten Anhaltspunkt gefunden. Reyſcher [15] ſagt zwar, die Ungleichheit, welche in dem Verwaltungsrecht des Ehemanns liege, werde durch die Rechtswohlthat der weiblichen Freiheiten aufgehoben, kraft welcher die Ehefrau durch Verzicht auf die Vortheile der Errungenſchaftsgeſellſchaft den Vortheilen derſelben rückwärts entgehen könne. Er ſagt aber nicht, daß die Errungenſchaftsgeſellſchaft mit rückwirkender Kraft aufgehoben werde. Dieß würde auch den thatſächlichen Verhältniſſen, wie ſie bei der Anrufung der weiblichen Freiheiten liegen müſſen,

[15] Württ. Privatrecht III. §. 567.

widerſprechen. Die Ehefrau hat ſich noch zur Zeit der Eröffnung des Konkurſes in der Gemeinſchaft mit dem Gemeinſchuldner befunden. Die Errungenſchaftsgeſellſchaft hat thatſächlich und rechtlich beſtanden. Sie kann nicht mehr ungeſchehen gemacht werden. Die Erträgniſſe der beiderſeitigen Beibringen und der Thätigkeit beider Ehegatten ſind für die Zwecke der Geſellſchaft verwendet und können nicht reſtituirt werden.

Die Wirkung der Anrufung der weiblichen Freiheiten iſt nur eine beſondere Art der Auseinanderſetzung des Verhältniſſes unter den Betheiligten. Nun ſpricht aber der §. 44 nicht nur von der „Theilung", ſondern ausdrücklich auch von der „Auseinanderſetzung". Eine Folge der zwiſchen beiden Ehegatten beſtandenen Gemeinſchaft iſt die Pflicht des Ehemanns als Verwalters, das Beigebrachte, ſoweit es in das Errungenſchaftsvermögen gekommen iſt, ohne die für Zwecke der Errungenſchaft verwendeten Früchte zurückzuerſtatten, wogegen ſein „Antheil" in dem geſammten noch vorhandenen Erwerb beſteht. Auf dieſen Antheil hat alſo, nach §. 44, wenn anders dieſe Prämiſſen als richtig anerkannt werden, die Ehefrau einen Anſpruch zur abgeſonderten Befriedigung für ihre Beibringensforderung einſchließlich der von ihr in Folge ihrer Mitunterſchrift zu zahlenden Socialſchulden.

Die Motive geben keinen ſichern Anhaltspunkt zur Entſcheidung dieſer Frage. Doch ſcheinen ſie mehr für die letztere Anſicht zu ſprechen, wenn dort (S. 224 und 225) geſagt wird:

„Derſelbe Rechtsſatz (omnia bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno) erfordert, daß die Theilnehmer auch wegen ihrer eigenen perſönlichen Anſprüche, die auf das Gemeinſchaftsverhältniß ſich gründen, ſoweit der Gemeinſchaftsantheil des Kridars reicht, aus dieſem abgeſondert von den Gläubigern befriedigt werden, denen ſie und ihr Antheil nicht verhaftet ſind. Nur der Nettoantheil des Kridars kann zur allgemeinen Kon-

kursmasse desselben genommen werden. Daß der Theilnehmer, sofern er durch den Antheil des Kridars nicht gedeckt wird, zufolge dieses Separationsrechts für den überschießenden Betrag seiner Forderung nicht Massegläubiger wird, sondern als Konkursgläubiger zu behandeln ist, bedarf kaum der Erwähnung".

Die praktische Wirkung der Entscheidung dieser Frage zeigt sich in der Anwendung auf die obigen Beispiele. Im Fall A. erhält die Frau, welche die weiblichen Freiheiten angerufen hat, ihr beigebrachtes Gut im ursprünglichen Anschlag von 20,000 Mark, welches sich durch das Sinken der Preise auf einen Werth von 13,333 Mark stellt, also ihr ganzes Beibringen, wobei sie aus besonderen, hier nicht weiter in Betracht kommenden Gründen auch noch für die Hälfte der Socialschulden subsidiär haften kann. Die Gläubiger mit 13,000 Mark sind auf das Beibringen des Mannes im Werthe von 6666 Mark 76 Pfg. angewiesen, erhalten sonach ohne Unterscheidung zwischen Social- und Privatgläubigern, da die Ersteren für sich kein Absonderungsrecht haben, 55 Proz. Im Fall B. erhält die Frau bei Bejahung des Absonderungsrechts nach §. 44 ihr volles Beibringen mit 20,000 Mark. Die Gläubiger erhalten Nichts, ebenso wie nach bisherigem Recht. Wird aber das Absonderungsrecht verneint, so erhält die Frau, wie jeder Gläubiger nur 66,6 Proz. ihrer Forderung. Im Fall C. erhält die Frau, wenn das Absonderungsrecht des §. 44 verneint wird, wie jeder Gläubiger gleichfalls 66,6 Proz. der Forderung; wenn es aber bejaht wird, erhält sie den ganzen Werth des Waarenlagers mit 13,333 Mark 67 Pfg. und für den Rest ihrer Beibringensforderung von 6333 Mark 33 Pfg, wie jeder Gläubiger 24,6 Prozent. Dagegen hat im Fall C. nach bisherigem Recht die Ehefrau ihr volles Beibringen mit 20,000 Mark als Konkursgläubigerin III. Klasse erhalten.

Man ersieht aus diesen Beispielen, daß der Schutz der Ehefrau gegen die Nachtheile der Vermögensverwaltung

des Ehemanns insoweit, als sie ein Aussonderungsrecht hat, nach dem Entwurf unverändert bleibt, dagegen in sehr beträchtlicher Weise vermindert wird, soweit sie auf die persönlichen Ersatzansprüche angewiesen ist, daß aber unter der Voraussetzung eines Absonderungsrechts an dem während der Ehe Erworbenen nach §. 44 des Entwurfs unter bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen für das aufgehobene Vorzugsrecht voller Ersatz gewährt ist.

Höchst wünschenswerth wäre es, die oben erörterten Schwierigkeiten in der Anwendung des §. 44 auf die Errungenschaftsgesellschaft durch eine Ergänzung desselben zu beseitigen. Allein es muß auf diesen Wunsch im Hinblick darauf verzichtet werden, daß es nicht möglich ist, für die verschiedenen Systeme des ehelichen Güterrechts, ohne in das bürgerliche Recht einzugreifen, nähere ins Einzelne gehende Normen über die Wirkung des Grundsatzes des §. 44 anzufügen. Ebensowenig wird die Landesgesetzgebung in der Lage sein, diese Frage von sich aus zu entscheiden, da sie das Reichsgesetz nicht auslegen oder abändern kann. Es bleibt nichts übrig, als die Anwendung des §. 44 auf die besonderen Verhältnisse der württembergischen Errungenschaftsgesellschaft der Rechtsprechung zu überlassen.

3) Die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners und die Anfechtungsklage nach dem Entwurf.

Der Zeitpunkt, mit welchem die Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners eintritt, ist nach württ. Recht nicht die Konkurseröffnung, sondern ein früherer. Der Art. 23 des Gesetzes vom 5. Sept. 1839 bestimmt hierüber unter Aufrechterhaltung des Art. 19 des Pfand-Gesetzes von 1825, daß im übrigen jede Verfügung, welche ein zahlungsunfähiger Schuldner über sein Vermögen getroffen hat, von dem Zeitpunkte an, wo er seine Ueberschuldung angezeigt oder der Gemeinderath oder die

Unterpfandsbehörde wegen Beſorgniß der Ueberſchuldung auf Vermögensunterſuchung angetragen oder die obrigkeitliche Behörde den Auftrag zur Vermögensunterſuchung ertheilt und in den beiden letztern Fällen der Schuldner von jenem Antrage oder dieſem Auftrage Kenntniß erhalten hat, von dem Güterpfleger, ſowie von den durch die gedachte Verfügung benachtheiligten Gläubigern als nichtig angefochten werden kann. Im Weſentlichen war hiemit das Syſtem des älteren franzöſiſchen Rechts (Code de commerce) angenommen.

Nach Art. 19 des Pfand-Geſetzes kann, auch wenn der Schuldner der Verwaltung ſeines Vermögens noch nicht entſetzt iſt, in den bezeichneten Fällen, ſowie wenn die Behörde eine Unterpfandsbeſtellung ſchon einmal abgelehnt hat, ein Unterpfand nicht mehr beſtellt werden.

Bezüglich der Anfechtbarkeit früher vorgenommener Handlungen beſtimmt der Art. 24 des erwähnten Geſetzes von 1839, daß es bei dem gemeinen Rechte, (der pauliani-ſchen Klage) mit folgenden anderweitigen Beſtimmungen bleibe:

1) Die Beſtellung eines Unterpfands kann unter keinen Umſtänden als für andere Gläubiger nachtheilig angefochten werden, die Beſtellung eines Fauſtpfands von denjenigen, welche ein beſſeres oder gleiches Recht mit dem neuen Fauſtpfandgläubiger haben, wenn dieſer die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und deſſen Abſicht, ſeine anderen Gläubiger zu vernachtheiligen, gekannt hat;

2) unter denſelben Vorausſetzungen kann die Zahlung einer Schuld, ſowie das Geben an Zahlungsſtatt oder eine vollzogene Zahlungsanweiſung von den Gläubigern mit gleichem oder beſſerem Rechte angefochten werden. Die weiteren Beſtimmungen (Ziff. 3 und 4) des Art. 24 ſind durch die Aufhebung der Vorzugsrechte IV. Klaſſe gegenſtandslos geworden.

Nach Art. 25 verjährt die Anfechtungsklage in einem Jahre, ein 3 Jahre vor Einleitung des Konkursverfahrens

(Insolvenzerklärung u. s. f.) vorgenommenes Rechtsgeschäft unterliegt überhaupt keiner Anfechtung.

Eine Ergänzung dieser Vorschriften brachte sodann das württ. Einf.-Gesetz zu dem Handelsgesetzbuch vom 13. August 1865 Art. 49—52. Diese der preußischen Konkursordnung nachgebildeten Bestimmungen weichen von denselben vorzüglich darin ab, daß sie die Anfechtung der sämmtlichen nach der preußischen Konkursordnung auch ohne die Voraussetzungen der paulianischen Klage anfechtbaren Rechtshandlungen nur zulassen, wenn sie binnen 30 Tagen vor dem in Art. 23 des Gesetzes vom 5. September 1839 bezeichneten Zeitpunkt (der Einleitung des Konkursverfahrens) vorgenommen worden sind und daß sie den Gegenbeweis gegen die Vermuthung der fraudulosen Absicht allgemein vorbehalten.

Diese gesetzlichen Bestimmungen befriedigten bisher unzweifelhaft im Allgemeinen das praktische Bedürfniß. Nach dem neuen Verfahren des Entwurfs werden sie theils unhaltbar theils ungenügend zum Schutze der Gläubiger.

Ein relativer Schutz der Gläubiger liegt nach dem bestehenden Rechte in der Möglichkeit, daß der Gemeinderath oder die Unterpfandsbehörde wegen Besorgniß der Ueberschuldung auf Untersuchung des Vermögens des Schuldners von Amtswegen antragen kann und daß die Vermögensuntersuchung vorzunehmen ist, wenn nur zwei Gläubiger auf Befriedigung dringen und die Besorgniß der Ueberschuldung vorliegt. Da die Exekutionsbehörde zugleich die Gemeindebehörde ist, so kann ein Schuldner, welcher sich in der Zahlungsnoth befindet, zumal wenn er sich durch Unterpfandsbestellungen helfen will, nicht lange diesem Einschreiten von Amtswegen entgehen. Es konnte daher auch die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen desselben auf einen kürzeren Zeitraum vor diesen einleitenden Schritten beschränkt werden. Andererseits konnte der Einleitung des Konkursverfahrens durch Anordnung der Vermögensuntersuchung und Insolvenzanzeige oder auf Antrag

der Gemeindebehörde ohne Bedenken für die Interessen des Gemeinschuldners eine weitergehende Wirkung bezüglich seiner Handlungsfähigkeit, die Beschränkung derselben, geknüpft werden, da jene Akte die Wahrscheinlichkeit der wirklichen Ueberschuldung voraussetzen. Wenn aber das Gesetz schon von diesen einleitenden Schritten an die Handlungsfähigkeit des Schuldners ebenso beschränkt, wie nach der Konkurseröffnung und der Unterschied nur darin liegt, daß diese Beschränkung vor der Konkurseröffnung durch die nachfolgende Erkennung des Konkurses bedingt ist, so lag für das württ. Gesetz überhaupt kein Grund vor, Vorschriften über Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen zu geben, welche zwischen den einleitenden Schritten (Insolvenzerklärung, Anordnung der Vermögensuntersuchung, Antrag auf solche durch den Gemeinderath) und der Eröffnung des Konkurses liegen. Zwar drückt sich der hiefür maßgebende Art. 23 des Gesetzes von 1839 nicht glücklich aus, wenn er sagt, diese Handlungen können „als nichtig angefochten werden." Daß aber hiemit nichts anderes gesagt werden wollte, als „sie sind, falls die Konkurseröffnung folgt, nichtig" ebenso, wie die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung, soweit sie sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen beziehen, daß man hiebei aus einer irrigen Auffassung des gemeinen Rechts an eine sog. schwebende Nichtigkeit dachte, welche durch die Ablehnung der Konkurseröffnung geheilt werden kann, daß es sich m. a. W. nicht um die Anfechtbarkeit einer an sich gültigen Rechtshandlung handelt, sondern die Rechtshandlung als bedingt nichtig gedacht wurde, und der Güterpfleger oder der einzelne benachtheiligte Gläubiger sofort die Klage anstellen kann, welche ihm im Falle der Nichtigkeit des Geschäfts zukommt, indem er sich nur in der Replik auf diese Nichtigkeit beruft, ist anerkannt, namentlich auch von Wächter [16] ausgesprochen.

[16] **Württ. Privatrecht II. S. 670.**

Ganz anders müſſen dieſe Fragen geordnet werden, wenn die bisherige Zuſtändigkeit der Gemeindebehörden für das geſammte Schuldklagweſen einſchließlich der Exekutionen, wenn ferner die Befugniß derſelben und des Gerichts, von Amtswegen die Vermögensunterſuchung zu beantragen oder anzuordnen, aufhört und der erſte auf einer materiellen Prüfung beruhende gerichtliche Schritt zum Konkurs nur die Eröffnung des Verfahrens ſein kann.

Vor allem folgt hieraus, daß die Beſchränkung der Handlungsfähigkeit des Schuldners erſt mit der Konkurseröffnung eintreten kann. Es wäre eine bedenkliche Gefährdung des Schuldners, wenn dieſe Wirkung ſchon an den Antrag eines Gläubigers auf Konkurseröffnung geknüpft würde und wenn es auch weniger bedenklich wäre, ſie an dieſen Antrag, wenn er vom Schuldner ſelbſt ausgeht, zu knüpfen, ſo würde doch eine ungleiche Behandlung dieſer zwei Fälle um ſo weniger Grund haben, als im letztern Falle der Antrag die Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit nicht vorausgeſetzt und die Nichtigkeit ihre Wirkung auf dritte Kontrahenten übt, welche möglicherweiſe von der Zahlungseinſtellung keine Kenntniß haben, während die Kenntniß der zu veröffentlichenden Konkurseröffnung vorauszuſetzen iſt.

Iſt es hiernach ganz gerechtfertigt, die Beſchränkung der Handlungsfähigkeit des Gemeinſchuldners, in Folge welcher deſſen Rechtshandlungen den Gläubigern gegenüber nichtig ſind, erſt mit der Konkurseröffnung eintreten zu laſſen, was der §. 5 und 6 des Entwurfs beſtimmt, ſo mußte die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des Gemeinſchuldners vor dieſem Zeitpunkt über den Kreis der gemeinrechtlichen paulianiſchen Klage ausgedehnt werden, wenn nicht die Intereſſen der Gläubiger, welche nach bisherigem württ. Recht eine Art von amtlichem, oft auch unwirkſamem und unzureichendem Schutz genoſſen, den Machinationen des Schuldners und ſeiner Verwandten preisgegeben ſein ſollen. Wie überall, wo eine derartige

Einwirkung der öffentlichen Gewalt auf die Verhältniſſe unſicherer Schuldner nicht beſteht, das Bedürfniß des Lebens zur Ausdehnung der Anfechtbarkeit über die Grenzen der gemeinrechtlichen paulianiſchen Klage gedrängt hat, (vergl. Motive S. 100 u. f.), ſo können jene Abänderungen des württ. Rechts nur annehmbar erſcheinen in Verbindung mit der Ausdehnung der Anfechtbarkeit über die bisherigen engen Grenzen.

Der Entwurf dehnt nun auch das Anfechtungsrecht der Gläubiger nicht nur über die gemeinrechtliche actio pauliana, ſondern auch über die Grenzen des geltenden württ. Rechts aus.

Nach §. 23 ſind anfechtbar:

1) Die nach der Zahlungseinſtellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinſchuldner eingegangenen, die Gläubiger durch den Abſchluß benachtheiligenden Rechtsgeſchäfte, ſowie die nach dieſen Thatſachen von ihm an einen Konkursgläubiger vorgenommenen Zahlungen, wenn der andere Theil das Geſchäft eingieng oder die Zahlung in Empfang nahm, obgleich ihm dieſe Thatſachen bekannt waren.

2) Die nach der Zahlungseinſtellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens *oder in den letzten 10 Tagen* vor der Zahlungseinſtellung oder dem Antrag auf Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinſchuldners, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanſpruchen hatte, ſofern er nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinſtellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Abſicht des Gemeinſchuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünſtigen, bekannt war.

In §. 24 wird die gemeinrechtliche actio pauliana, jedoch mit einer Modifikation in der Beweisfrage in einem ſpeziellen Fall beſtätigt. Hiernach ſind Rechtsgeſchäfte,

welche der Gemeinschuldner in der dem andern Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat, anfechtbar. Nach Ziff. 2 des §. 24 sind, sofern der andere Theil nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war, anfechtbar die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen, die Gläubiger benachtheiligenden entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern oder mit den Ehegatten einer dieser Personen.

Nach §. 25 sind anfechtbar:

1) Alle unentgeltlichen Verfügungen mit Ausnahme der gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke, wenn sie in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurden.

2) Unentgeltliche Verfügungen des Gemeinschuldners zu Gunsten seines Ehegatten, sowie die ohne eine gesetzliche oder vertragsmäßige Verpflichtung erfolgte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heirathsguts oder des gesetzlich in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, wenn diese Rechtshandlung in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Konkurses erfolgt ist.

Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre von Eröffnung des Verfahrens an. Aus dem Grunde einer Kenntniß der Zahlungseinstellung können Handlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, nicht angefochten werden.

Der Schutz, welchen die Gläubiger gegen Nachtheile durch unredliche Handlungen des Gemeinschuldners vor der Eröffnung des Verfahrens nach dem Entwurf haben, geht hiernach weiter, als der Schutz, welchen ihnen das geltend

württembergiſche Recht gewährt, obwohl vor der Eröffnung des Verfahrens eine civilrechtliche Beſchränkung der Handlungsfähigkeit des Gemeinſchuldners, wie ſie das württ. Recht verfügt, nicht eintritt.

Allerdings würde dieſer Rechtsſchutz nach einer ſpeziellen Vorſchrift des württembergiſchen Pfandgeſetzes weſentlich wiederum beſchränkt, wenn die fortdauernde Geltung derſelben auch nach dem Entwurf anzunehmen wäre. Der Art. 24 Ziff. 1 des Geſetzes von 1839 beſtimmt, daß die Beſtellung eines Unterpfands unter keinen Umſtänden als für andere Gläubiger nachtheilig angefochten werden könne. Dieſe Beſtimmung kann unter der Vorausſetzung der der Pfandbehörde nach Art 19 des Pfandgeſetzes eingeräumten Befugniß, die Beſtellung eines Unterpfands von Amtswegen wegen Beſorgnis der Ueberſchuldung des Pfandbeſtellers abzulehnen, wohl gerechtfertigt werden. Wenn dagegen die Befugniß des Art. 19 durch den Entwurf aufgehoben wird, iſt auch dem Art. 24 Ziff. 1 die innere Berechtigung genommen. Denn in dieſem Falle muß die Unterpfandsbehörde, ſo lange das Verfahren nicht eröffnet und damit die Beſchränkung in der Handlungsfähigkeit des Gemeinſchuldners eingetreten iſt und vorausgeſetzt, daß das Gericht nicht vor der Konkurseröffnung in Anwendung des §. 98 ein allgemeines Veräußerungsverbot an den Schuldner erlaſſen und bekannt gemacht hat, Unterpfandsrechte eintragen, auch wenn ſie die Ueberzeugung von der Ueberſchuldung des Gemeinſchuldners oder dieſer die Zahlungen eingeſtellt hat.

Nun läßt die Konkursordnung die materielle Pfandgeſetzgebung unberührt und hiernach könnte man vielleicht zu der Anſicht gelangen, daß auch nach ihrer Einführung der Art. 19 des Pfandgeſetzes und der Art. 24 Ziff. 1 des Geſetzes von 1839 in rechtlicher Wirkung bleiben. Allein man wird ſich doch für die entgegengeſetzte Anſicht zu entſcheiden haben. Die mehrerwähnten Vorſchriften ſind unzweifelhaft, obwohl eine derſelben in dem Pfand-

geſetze ſteht, Beſtimmungen, welche dem Konkursrecht angehören und fallen inſofern unter den §. 4 des Einf.-Geſ., welcher die Vorſchriften der Landesgeſetze über das Konkursrecht, inſofern nicht die Konkursordnung auf dieſelben verwieſen oder beſtimmt hat, daß ſie nicht berührt werden, für aufgehoben erklärt. Dieſelben würden auch mit den Prinzipien des Entwurfs nicht vereinbar ſein und die Motive laſſen wenigſtens darüber keinen Zweifel, daß die Vorſchrift des §. 23 des Entwurfs auch auf Verfügungen über Immobilien und die Eintragung von Rechten an ſolchen in die Grundbücher Anwendung finden. Sie machen hiefür in ganz zutreffender Weiſe geltend, daß hierunter der Realkredit nicht leiden könne, die Anfechtbarkeit aber zum Schutze des allgemeinen Kredits unentbehrlich ſei (S. 118). Immerhin wird es wünſchenswerth ſein, dieſe Frage aus Anlaß der Einführung der Prozeßgeſetze landesgeſetzlich feſtzuſtellen.

Eine weſentliche Abänderung erfährt endlich das geltende Recht der Anfechtungsklage durch die Beſtimmung des Entwurfs, daß das Anfechtungsrecht von dem Verwalter ausgeübt wird (§. 39).

Das württ. Geſetz von 1839 ſpricht nur von einer Anfechtung durch die beſſeren oder gleich berechtigten Gläubiger. Doch hat die Praxis ſchon bisher den Konkursverwalter der Regel nach für legitimirt zur Erhebung der Anfechtungsklage erklärt und nur ſubſidiär, wenn derſelbe die Erhebung der Klage ablehnt, dem einzelnen Gläubiger, welcher behauptet, benachtheiligt zu ſein, ein Klagerecht gegeben [17], wobei manches, worauf hier nicht näher einzugehen iſt, unklar und zweifelhaft blieb [18]. Was die Motive zur Begründung des von dem Entwurf gewollten Ausſchluſſes der Gläubiger anführen, dürfte allerdings

[17] Entſcheidung des Obertrib. vom 3. Jan. 1871. Seuffert, Archiv XXV. Note 198.

[18] Vergl. Sarwey, Monatſchrift XX. S. 423 u. 424.

nicht überzeugend ſein. Nach Ablehnung des unzweifelhaft verwerflichen Grundſatzes, daß das Erſtrittene der Befriedigung des klagenden Gläubigers dient, erklären die Motive auch eine ſubſidiäre Legitimation der einzelnen Gläubiger für bedenklich. Da die Klage des einen Gläubigers den Rechtsſtreit für alle anhängig machen würde, welche nur als Intervenienten daran Theil nehmen könnten. Allein dieß zugegeben, kann ihr Intereſſe hiedurch noch immer beſſer gewahrt ſein, als wenn eine Klage überhaupt nicht erhoben würde. Ebenſowenig überzeugend iſt die Einwendung, daß dem Anfechtungsgegner unbillige Nachtheile hieraus erwachſen könnten, daß er den Angriffen aller Gläubiger ausgeſetzt wäre, und die Erſtattung der Prozeßkoſten in Frage ſtünde, wenn er den Prozeß gewänne. Dieß wäre nicht mehr und nicht weniger der Fall, als bei jedem Prozeß, da der klagende Gläubiger unzweifelhaft für die Prozeßkoſten aufzukommen hätte. Wenn es ſodann auch richtig iſt, daß möglicherweiſe der Konkursverwalter eine von der Herausgabe einer in der Maſſe befindlichen Gegenleiſtung abhängige Vollſtreckung des zu Gunſten der Anfechtungsklage ergangenen Urtheils verweigern könnte und der Prozeß alſo nutzlos geführt wäre, ſo iſt hier ein Fall konſtruirt, der zufällig einmal eintreten kann, aber ebenſo oft auch nicht eintreten wird. Dieſe Erwägung kann alſo prinzipiell der ſubſidiären Zulaſſung der Gläubiger nicht entgegengehalten werden.

Die Stellung des Verwalters unter die Aufſicht des Gerichts und die unbedingte Entfernbarkeit deſſelben auf Antrag der Gläubiger mag auch einen gewiſſen Schutz gegen nachläſſige oder böswillige Unterlaſſungen desſelben bieten. Dennoch iſt es nicht unbedenklich, mit dem Entwurf nach dem Vorgange des franzöſiſchen Rechts die Gläubiger von der Ausübung des Anfechtungsrechts unbedingt auszuſchließen. Der einzige Grund, welcher hiefür ins Gewicht fällt, iſt die Möglichkeit, daß der Ver-

walter vielleicht leichter dazu kommt, seinerseits die Anstellung einer Anfechtungsklage, welche häufig etwas Odioses hat, zu unterlassen, wenn er die Beruhigung hat, daß die einzelnen Gläubiger sie anstellen können, als wenn er diesen Vorwand für seine Passivität nicht hat. Wenn der Gläubigerausschuß die Anstellung einer Anfechtsungsklage verlangt, wird sich der Verwalter der Erhebung der Klage nicht entziehen können, obwohl er formell nach §. 121 nur zur Anhängigmachung der Klage oder zur Aufnahme eines Prozesses die Zustimmung des Gläubigerausschusses bei einem Werth über 300 Mark einzuholen hat.

Der Artikel 145 der Strafprozeßordnung.

Von Herrn Justizassessor Roser in Böblingen.

Auf Seite 321—428 des gegenwärtigen Bandes dieser Zeitschrift ist eine Ende des Jahrs 1874 bei dem Oberamtsgericht Böblingen anhängig gewesene Untersuchung zum Gegenstand der Besprechung gemacht und das Verfahren des Oberamtsgerichts bei Verhandlung dieser Sache angefochten. Hieran werden kritische Bemerkungen über die Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs betreffend die Straflosigkeit der Retorsion und die Forderung angeknüpft, durch „praktische Cautelen", als welche „Androhung von Verweis, beziehungsweise selbst Ordnungsstrafe" bezeichnet werden, für die Fälle des Art. 145 der Str.-Pr.-Ord. die vorgängige Belehrung des Zeugen über sein relatives Zeugnißverweigerungsrecht (der Verfasser spricht von einer relativen Zeugnißverweigerungspflicht, S. 325) sicherzustellen.

Dem Einsender dieses ist es in seiner Stellung nicht ermöglicht, die Praxis der Gerichte bezüglich des Art. 145 der Str.-Pr.-Ord. in weiterem Umfang kennen zu lernen

und fehlt es ihm daher an einem ſicheren Boden für die Würdigung der S. 322 aufgeſtellten Behauptung, daß die Beeidigung der Zeugen ohne vorgängige Belehrung über das Recht des Art. 145 der Str.=Pr.=Ord. in vollſter praktiſcher Blüthe ſtehe. Bei demjenigen Oberamtsgericht, an welchem er ſelbſt thätig iſt, wird — obwohl das Geſetz es nicht ausdrücklich vorſchreibt — gegebenen Falls ein Zeuge über das Recht des Art. 145 der Str.=Pr.=Ord. allerdings belehrt und zwar gleicher Maßen, ob die Beeidigung beſchloſſen oder zur Beeidigung keine Veranlaſſung genommen wird. Der Herr Verfaſſer der Abhandlung S. 321 ff. befindet ſich eben darin im Irrthum, daß er den von ihm beſprochenen Fall des Zeugen Sigmund unter den Art. 145 der Str.=Pr.=Ord. ſubſumirt.

Das Faktiſche des Falls iſt S. 322, 323 nach dem Bericht des „Schwäbiſchen Merkurs" im Weſentlichen richtig wiedergegeben. Nach der Anſicht des Einſendes unterliegt es ſchon an ſich keinem Zweifel, daß in dem vorliegenden Fall — wo das von einer Seite gefallene Schimpfwort „Saukopf" von der andern Seite mit dem Schimpfwort „Lausbube" erwiedert wurde — dem Sinn des Geſetzes gemäß beide Parteien für ſtraffrei zu erklären waren und ſchon aus dieſem Grund der Zeuge Sigmund der Gefahr der Beſtrafung nicht ausgeſetzt war. Der Herr Verfaſſer der mehrfach bezeichneten Abhandlung geht zwar von der Anſchauung aus, daß das frühere württ. Recht über die Retorſion von Beleidigungen durch das Reichsſtrafgeſetzbuch ganz weſentlich abgeändert worden, an die Stelle des Rechts auf Strafloſigkeit, wie es im Falle der Retorſion ohne Ueberſchreitung des Maßes vom württembergiſchen Strafgeſetzbuch ſtatuirt geweſen, ein pouvoir discrétionnaire, eine arbiträre Wahl des Richters zwiſchen Beſtrafung und Nichtbeſtrafung getreten ſei. Allein man wird dieſer Anſchauung nicht beipflichten können. Die dem Richter durch das Strafgeſetzbuch geſtattete Wahl zwiſchen Beſtrafung beider Theile und Straffreierklärung

beider oder des einen von beiden Theilen ist doch keine willkürliche, sondern eine durch das pflichtgemäße Ermessen bestimmte, das den Richter in derselben Kategorie von Fällen, welche das württembergische Strafgesetzbuch von der Strafe ausgenommen hat, nemlich in allen denjenigen Fällen, in welchen der Beleidigte die Beleidigung auf der Stelle ohne bedeutende Ueberschreitung des Maßes (W. St.-G.-B. Art. 293; Hufnagel, Commentar II, S. 325) erwiedert hat, mit Nothwendigkeit dazu führen wird, beide Theile für straffrei zu erklären. Es dürfte nicht zu viel gesagt sein, daß schwerlich irgend ein württembergisches Gericht den oben erzählten Fall anders als durch Freisprechung beider Theile erledigt haben würde, und dürfte es sich trotz des Wortlauts des §. 199 überhaupt fragen, ob bei Retorsion ohne Ueberschreitung des Maßes eine Bestrafung beider Theile eintreten darf. Dieß ist auch die Ansicht der Mehrzahl der Theoretiker; so sagt z. B. Schwarze[1] von diesen Fällen in der Erläuterung des §. 199: „Die beiden Injuriaten haben sich das Recht auf gerichtliche Bestrafung vergeben"; Berner[2] nimmt Straffreiheit für den Retorquenten in Anspruch, „wenn die Retorsion das Maß nur nicht in einer ungewöhnlichen, mit der natürlichen Aufregung eines Provozirten nicht mehr entschuldbaren Weise überschreitet".

Die Aenderung des früheren württembergischen Rechts über die Retorsion durch das Reichsstrafgesetzbuch ist im Erfolg wesentlich eine prozessualische, sofern über die Einrede der Retorsion nur mehr durch Urtheil soll entschieden werden können, vergl. z. B. Gerichtsblatt IV, S. 399 f.

Hienach war die dem Zeugen Sigmund gestellte Frage, ob er zuerst seinen Gegner Braun „Saukopf" geschimpft habe, schon nach Maßgabe des §. 199 des St.-G.-B. keine

---

[1] Kommentar 1te Ausgabe S. 463.

[2] Lehrbuch 7te Auflage S. 455.

ſolche, daß eine Erklärung darüber ihn der Gefahr der Beſtrafung ausgeſetzt haben würde und daß es ſich deßhalb darum hätte handeln können, ihn über das Recht des Art. 145 der St.-P.-O. zu belehren. Wollte man aber auch darüber im Zweifel ſein, ob ſchon die Anwendung der geſetzlichen Beſtimmungen über Retorſion dieſes Reſultat mit zwingender Nothwendigkeit ergeben mußte — wie denn zuzugeſtehen iſt, daß den oben angeführten Autoritäten diejenige Holtzendorf's gegenüber ſteht, vergl. deſſen Handb. III, S. 370 — ſo ergibt ſich daſſelbe doch widerſpruchslos aus einem andern Grunde. Der Zeuge Sigmund war der Beſtrafung ſchon deßhalb nicht ausgeſetzt, weil ſein Gegner Braun nicht nur vor der Hauptverhandlung einen Verfolgungsantrag gegen ihn nicht geſtellt hatte, ſondern auch in der Hauptverhandlung einen ſolchen Antrag nicht ſtellte (Straf-Geſetz-Buch §. 195), vielmehr die Einrede der Retorſion lediglich zu ſeinem Schutze vorbrachte. Hierauf wurde Sigmund denn auch zum Ueberfluß noch beſonders hingewieſen und ihm — wie in dem nachgehends eingeleiteten ſchwurgerichtlichen Verfahren zeugeneidlich erhärtet worden iſt — ausdrücklich bedeutet, die einzige Folge ſeines Zugeſtändniſſes, daß er zuerſt geſchimpft habe, würde die ſein, daß ſeine Strafklage abgewieſen würde.

Die Grundloſigkeit des gegen das Verfahren des Oberamtsgerichts gerichteten Angriffs iſt damit nachgewieſen und der Herr Verfaſſer wird nach dieſer Darlegung nicht in Abrede ziehen, daß zu ſeinen Bemerkungen das Verfahren des Oberamtsgerichts B. ſachlich keinen Anlaß geben konnte. Dieß gilt insbeſondere auch von der zweiten Ausſtellung S. 328, daß in dem fraglichen Fall weitere Zeugen hätten ermittelt werden ſollen. Der Fall war ohne Vornahme einer Voruntersuchung ſofort zur Hauptverhandlung vertagt worden; in der Hauptverhandlung war — wie aus den Akten erſichtlich iſt — dem Beſchuldigten Br. noch nicht einmal ſicher bekannt, daß den Hergang

irgend Jemand außer den Parteien wahrgenommen habe, viel weniger wäre er im Stande gewesen, die erst in Folge späterer Recherchen ermittelten weiteren Zeugen zu bezeichnen. Zu einer Vertagung aber auf's Gerathewohl hin, auf die Möglichkeit hin, daß später weitere Zeugen sich finden, wäre für das Gericht auch dann kein Grund vorgelegen, wenn, was nicht geschah, die Vertagung von der Partei angeregt worden wäre.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

Acquilische Klage wegen mangelhafter Bewachung von Thieren, Einrede der eigenen Schuld 195. Einrede des Einverständnisses des Beschädigten 352.

Alimentationspflicht des Ehemanns bei faktisch getrennter Ehe 366.

Anfechtungsklage gegen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach dem Entwurf einer deutschen Konkursordnung 443.

Apotheker, polizeiliches Verbot des Gebrauches dieser Bezeichnung in dem Gewerbeschild eines nicht zum Betriebe des Apothekergewerbes Berechtigten 297.

B.

Bauordnung, Art. 21 S. 265. Art. 31 S. 268, 269. Art. 32 S. 284. Art. 33 S. 270. Art. 37 S. 275. Art. 28 Abs. 3. Art. 29 und Art. 95 S. 282. Art. 16, 78 Ziff. 5. Art. 79, Art 81 S. 293. Rekursformalien 279, 286, 290.

Baupolizeiliche Verfügungen, Zuständigkeit des Ministeriums des Innern 272, 275. Unstatthaftigkeit der Auflage der Wahrung polizeilich zu schützender Interessen durch Eintrag in die öffentlichen Bücher 265, 287. s auch Rechtsbeschwerde.

Beschwerden in Bausachen s. Rechtsbeschwerden.

Brandentschädigung, Veräußerung ohne die Baustelle 350. Erforderniß der Schriftlichkeit im Falle der Veräußerung 351. Bedingungen der Veräußerung 352.

Bürgschaft, Haftung mehrerer Bürgen 190. Verbindlichkeit eines Mitbürgen 191.

C.

Cession, fingirte 188.

Concurs, s. Konkurs.

D.

Dienstvertrag, Unbestimmtheit der Verabredung über Belohnung und Arbitrirung durch das Gericht 379.

Dispensation von baupolizeilichen Vorschriften als Gegenstand der Rechtsbeschwerde 261. Unzuständigkeit des Geheimen Rathes zur Ertheilung einer solchen 290.

E.

Ehefrau, Statthaftigkeit des Verzichts derselben auf die weiblichen Freiheiten ohne Zustimmung des Ehemanns 220.

Eheliche Güterverhältnisse nach dem Entwurf der deutschen Konkursordnung 423.

Ehehinderniſſe nach dem früheren Rechte und nach dem Reichsgeſetz 140.
Eheſchließung, bürgerliche nach dem Reichsgeſetz 139.
Einrede des nicht erfüllten Vertrags bezüglich eines Hausbaus 182.
Enterbung in guter Abſicht in einem Teſtamente der Eltern zwiſchen Kindern 215.
Errungenſchaftsgemeinſchaft, Auflöſung durch Anrufung der weiblichen Freiheiten 201. Abweiſung des Ehemanns mit dem Anſpruch auf Fortſetzung derſelben nach Anrufung der weiblichen Freiheiten 203.
Errungenſchaftsgeſellſchaft, Fortſetzung bei faktiſch getrennter Ehe 207. Der Einfluß des Konkurſes des Ehemanns nach dem Entwurf einer deutſchen Konkursordnung 423.
Erſitzung ordentliche, Putativtitel 339.
Expropriation, Zuſtändigkeit des Civilrichters bei Rückforderung eines Zuvielempfangs durch die im Verwaltungswege feſtgeſtellte Entſchädigungsſumme 354.

F.

Fabrikbeſitzer, Haftung desſelben für die ſeinen Arbeitern zuſtoßenden Unfälle 381.

G.

Gebäude, Begriff des Hintergebäudes im Sinne der Bau-Ordnung 265.
Gemeindebürgerrecht, als Gegenſtand der Verwaltungsjuſtiz 67 u. f.
Gemeinſchuldner, Beſchränkung ſeiner Handlungsfähigkeit nach dem Entwurf einer deutſchen Konkursordnung 438.

H.

Haftpflicht für Abmängel in verſchloſſen cirkulirenden Papiergeldcouverten und Geldrollen 361, des Verkäufers für verſchwiegene Servitutenrechte 186.
Haftung mehrerer Bürgen 190, des Fabrikbeſitzers für Unfälle 381. Der Eiſenbahnverwaltung 388, Umfang der Erſatzpflicht 390.
Hauskind, Eigenſchaft eines Hauskinds, Rechtsgeſchäft zwiſchen ihm und dem Hausvater 372.
Heilquelle, baupolizeiliche Behandlung des Vorhabens der Bohrung nach einer ſolchen und baupolizeiliches Verbot desſelben 293.

J.

Inſinuation der Schenkungen 160.

K.

Konkurs, nach den dem Reichstage vorgelegten Entwürfen einer Konkursordnung und eines Einführungsgeſetzes 401 u. f.
Kulturbeſchränkungen im Sinne des Waidablöſungsgeſetzes 166.

L.

Liegenſchaftsgeſetz, Einrede des Irrthums gegen die Vertragsurkunde 169. Mäcklerlohn bei einem auf deſſen Umgehung gerichteten Veräußerungsvertrag 177. Verkauf aus Einer Hand

340. Versteigerungsprotokoll als schriftlicher Vertrag 343. Fehlerhafte Bezeichnung des Kaufobjekts 315.

Liegenschaftsveräußerung, Nachweis der Erfordernisse bei fehlender Vertragsurkunde 168. Einfluß des Irrthums 172. Unterzeichnung der Urkunde durch einen Bevollmächtigten ohne Erwähnung dieser Eigenschaft in der Urkunde 175.

M.

Mandat, Klagerecht des Auftraggebers 347.

Merkungszugehörigkeit, Zuständigkeit des Civilrichters 332.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des K. Obertribunals 164. 300.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Königlichen Geheimen Raths 222.

P.

Papiergeldcouverte, Rechtsfolgen der Hingabe und Annahme verschlossen cirkulirender Papiergeldcouverte 361.

Pferchnutzung als ein auf einem Kommun-Schafwaiderecht ruhendes Privatrecht 164.

Präsentation der Sichtwechsel 140.

Privationsstrafe, Nutznießungsrecht des unschuldigen Theils an derselben beim Vorhandensein von Kindern 210.

Q.

Quelle s. Heilquelle.

R.

Rechte, subjektive sind Gegenstand der Rechtsprechung 5.

Rechtsbeschwerden gegen **Verwaltungsverfügungen**, ob zulässig bezüglich der Benützung öffentlicher Bildungs- und Unterrichtsanstalten 32; bezüglich des öffentlichen Dienstes 35; wegen Verletzung der Gemeindeautonomie 42; wegen Nichtberufung zu Ehrenämtern 44; bezüglich der Wahlen, insbesondere der Gemeindewahlen 52; in die Ortsschulbehörde 55; in die Handelskammern 56; in die Vertretung der israelitischen Kirchengemeinde 57; wegen Nichteinberufung der vermöge ihres Amts in die zweite Kammer berufenen Mitglieder 61; bezüglich der Eigenschaft des Adels 62; wegen Abweisung eines Bauvorhabens aus polizeilichen Gründen, insbesondere auf Grund des Art. 28, Abs. 1 der Bau-Ordnung 222; in Verfolgung einer auf baupolizeiliche Gründe gestützten Einsprache gegen ein Bauvorhaben 239; gegen eine Dispensation auf Grund des Art. 76 der Bau-Ordnung 261; wegen angeordneter Entfernung einer Dunglege in Anwendung des Art. 33 der Bau-Ordnung 270; wegen Nichtzulassung eines Hintergebäudes 279; wegen Nichtzulassung der Ueberbauung sog. Abstände 282; wegen einer Verfügung über Kamineinrichtungen, Art. 32 der Bau-Ordnung 284; gegen die Auflage der Entfernung von Balkonen 288.

Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung 120.

S.

Schafwaiderecht, rechtliche Wirkung eines nach 1828 abgeschlossenen Vergleichs 329.

Schenkungen, zur Lehre von der Insinuation derselben 160.
Sichtwechsel, sofortige Präsentation zur Zahlung nach der ersten formlosen Präsentation 153.
Staatsbürgerrecht als Gegenstand der Verwaltungsjustiz 72.

T.

Testament nach der sog. 6. Landrechtsform 216; wechselseitige Testamente zwischen Ehegatten 375.

U.

Ueberfahrtsrecht, öffentlich rechtlicher Natur. Streitigkeiten hierüber sind Gegenstand der Verwaltungsjustiz 300; Einfluß des Hopfenbaus auf deren Zulassung 304.

V.

Verjährung, 30jährige gegenüber von Gemeinden 333.
Verkauf, nochmaliger Verkauf derselben Sache 178; rechtliche Folge der Erfüllung eines nochmaligen Verkaufs 179.
Verkäufer, Haftpflicht für Servituten 186.
Vermächtnißvertrag, rechtliche Gültigkeit und thatsächliche Erfordernisse 217.
Verträge über die Erbschaft eines Dritten, zur Frage von der Gültigkeit derselben 89.
Verwaltungsjustiz. Dritter Beitrag 1.
Verwaltung, Grenze der Verwaltung und Verwaltungsjustiz. Grundsatz 5.
Vormund, dessen Regreßpflicht im Falle der Veränderung der Pfandsicherheit 198; Unstatthaftigkeit der Einwendung eines schuldhaften Verhaltens des Nachfolgers 200.

W.

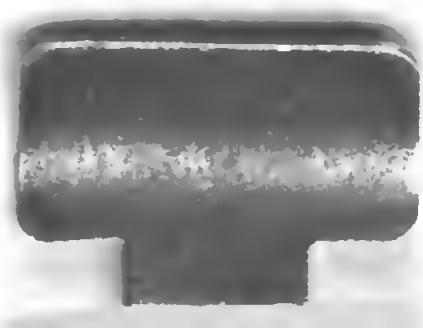
Wechselprotest, ordnungsmäßiger 377.
Weibliche Freiheiten, der Einfluß ihrer Anrufung auf die Errungenschaftsgemeinschaft 201, 203, s. auch Ehefrau.

Z.

Zeugeneid, über mißbräuliche Anwendung desselben 321; Behandlung desselben im Falle des Zeugnißverweigerungsrechts 448.
Zuständigkeit, in Verwaltungssachen s. Verwaltung, baupolizeiliche Verfügungen, Ueberfahrtsrecht.

Berichtigung.

S. 146 Zeile 23 v. oben sind die Worte „für Katholiken bei dem katholischen Kirchenrath“ und
S. 147 Zeile 30 v. oben die Worte „bisher indispensable“ zu streichen.



LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 953 975